R

RAPPORTS JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

RAPPORTS

JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

COMPRENANT LA

REVISION COMPLÈTE ET ANNOTÉE DE TOUTES LES CAUSES RAPPORTÉES DANS LES DIFFÉRENTES REVUES DE DROIT DE CETTE PROVINCE JUSQU'AU 1er JANVIER 1892

AINSI QUE

DES CAUSES JUGÉES PAR LA COUR SUPRÊME ET LE CONSEIL PRIVÉ SUR APPEL DE NOS TRIBUNAUX

PAR L'HONORABLE M. MATHIEU

Juge de la Cour Supérieure de Montréal, docteur en droit, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Laval à Montréal

---

TOME XV

MONTRÉAL

C. O. BEAUCHEMIN & FILS, LIBRAIRES-IMPRIMEURS

256 et 258, rue Saint-Paul

1895

CAUSES RAPPORTÉES

DANS CE VOLUME

ABRÉVIATIONS.

P. D. T. M. :—*Précis des Décisions des Tribunaux du district de Montréal*, 1854, par T. K. RAMSAY et L. S. MORIN, avocats.

D. T. B. C. :—*Décisions des Tribunaux du Bas-Canada*, en 17 volumes, commencées en 1851, par MM. LELIÈVRE, ANGERS, BEAUDRY et FLEET, avocats.

J. :—*Lower Canada Jurist.*

L. C. L. J. :—*Lower-Canada Law Journal.*

R. J. R. Q. :—*Rapports Judiciaires Revisés de la province de Québec* par le juge MATHIEU.

R. L. :—*Revue Légale.*

C. C. :—*Code Civil du Bas-Canada.*

C. M. :—*Code Municipal du Bas-Canada.*

C. P. C. :—*Code de Procédure Civile du Bas-Canada.*

S. R. Q. :—*Statuts Refondus de la Province de Québec.*

C. B. R. :—*Cour du Banc du Roi* ou *Cour du Banc de la Reine.*

C. S. :—*Cour Supérieure du Bas-Canada.*

RAPPORTS JUDICIAIRES REVISÉS

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC.

HABEAS CORPUS.

COURT OF QUEEN'S BENCH, CROWN SIDE,

Montreal, 13th April, 1867.

Coram MONDELET, A. J.

ROBERT MOOR, Petitioner for Writ of *Habeas Corpus.*

The petitioner was convicted by a Court Martial, held at the City of Montreal on the 26th, 27th, 28th and 29th days of March last, and on the 1st and 2nd days of April last, on the following charge: "for "disgraceful conduct in having at Montreal. Canada East, sometime "between the 17th January and 16th March, 1867, fraudulently "embezzled or misapplied about 500 cords of wood, Government pro-"perty, intrusted to his charge as an Assistant Commissariat store-"keeper, and which at the latter date was found deficient," and thereupon, on the said conviction, the Court forthwith sentenced the petitioner among other penalties to be imprisoned with hard labour for 672 days. The Court held that it did not appear that there had been preferred against the petitioner any specific charge, nor any conviction of him upon a specific or positive charge, but a conviction in the alternative, one of the two being no offence created by the 17th article of the Mutiny Act, without any certainty as to either of the charges in the disjunctive, and that this was a matter of substance, and therefore, the warrant of commitment was null and void and the petitioner who had been committed to prison entitled to be set at liberty.

W. H. KERR, for the petitioner, said: The petitioner was detained under a warrant of commitment signed by Snow, Deputy Assistant Commissary General. After the service of the writ on the jailer, another commitment was left at the jail at ten o'clock the night before last, signed by Sir John Michel, Commander-in-Chief. This second warrant was I believe drawn by the learned Crown Prosecutor, to meet the errors in Mr. Snow's commitment as pointed out in the petition I had the honour of presenting to you. Fortunately time and space were both wanting so that I did not point out all the defects in Snow's warrant; had I done so, no doubt, an attempt would

have been made to remedy them. But notwithstanding all the care wasted on the second commitment, it is not worth the paper it is written on. I proceed to point out some of the defects. 1. The charge against the Petitioner and for committing which he has been condemned to 672 days imprisonment, is in the following words: " For disgraceful conduct in having, at Montreal, Canada East, some time between the seventeenth of January and sixteenth of March, 1867, *fraudulently embezzled* or *misapplied* about 500 cords of wood, Government property, intrusted to his charge as an assistant Commissariat storekeeper, and which at the latter date was found deficient." Your Honour will observe that the essence of the charge is that the Petitioner fraudulently embezzled or misapplied certain wood. The charge then is in the disjunctive, it is not specific, and in lieu of being found guilty of either fraudulently embezzling or misapplying the wood, he is not found guilty of either charge. The Mutiny Act, section 17, provides that any officer, &c., who shall embezzle, fraudulently missapply, &c., shall be liable to the tried by Court Martial and to be punished by penal servitude or imprisonment. If you admit that an offence, or rather offences in one charge can be laid in the disjunctive, you may have the whole collection of felonies and offences specified in the clause in question, and a man may be convicted of having embezzled or fraudulently misapplied or stolen, or received, knowing it to be stolen, or connived thereat; for if you admit the principle in one instance, why should you not admit it in ten. That in England laying a charge in the disjunctive is not permitted in any case is susceptible of easy proof, and I beg to refer your Honour to *Rex* v. *Morley*, 1 Younge and Jervis, 221, also to *Rex* v. *North*, 6 D. and. R., 14?. In this case, your Honour will observe Bayley and Holroyd, J. J., both say that where the charge is in the disjunctive the objection taken thereto is not one to form, but goes to the substance. 2. In the commitment it is not alleged that the Lieut.-Gen. Commanding had authority to convene a Court Martial. Of course, if he had no authority to convene, the proceedings of the Court Martial are null. His being an exceptional jurisdiction, this commitment should show that he had authority to exercise it. The power to convene Courts Martial is not inherent in the Commander-in-Chief; it is only under and by the virtue of warrant or commission under the Royal sign manual that he exercises that power. Mutiny Act, § 3. Thus exercising a power, at variance with the common law of the land, and vested with authority which the Courts cannot judicially notice, he is bound to show or rather to allege, that he has the authority to create an independent jurisdiction competent to take cognizance and to punish crime.

Rex v. *York*, 5 Burrows, 2684. 3. The wood is alleged to belong to the Government. Which Government? The Imperial or the Provincial? If the Provincial, it is clear that he cannot be tried by a Court Martial. 4. It is not alleged in the commitment that the sentence was signed by the President, the proceedings are alleged to have been signed but not the sentence and as the imprisonment dates from the signing of the sentence, if it has not been signed though it may be confirmed, it is a nullity, and no warrant can be based upon it. 5. The second warrant is supposed to be substituted for the first, in fact in the second it is expressly alleged that the first is irregular and defective in form. Now if one warrant is to be substituted for another, I submit that it must be signed by the same party that signed the first, that under the Mutiny Act the Lieutenant General commanding should have exercised his power of fixing the place of imprisonment, when he confirmed the sentence. Having failed to do so, and that power having been exercised by Mr. Snow, the officer in command, it cannot now be exercised by the Commander-in-Chief. In answer to the application, T. K. RAMSAY, for the crown, before entering into the merits of the examination, said he would answer an objection which had fallen from the court to the effect that the English Parliament had renounced the right of legislating for us in criminal matters. The Quebec Act had given us the English criminal law, with power to alter it, but it had also reserved to itself the power of legislating for the colony, either by express words or even by intendment. So there was no renunciation. But even if there had been, an Act in 1774 could not control the power of all future Parliaments and so bind us now. As a proof of this, only a few weeks ago the English Parliament had taken away the whole of our constitution and given us a new one. MONDELET, J. Could the English Parliament take away our civil law? RAMSAY. In strict law, certainly; but it would be oppressive and tyrannical. The warrant had been attacked by two kinds of objections, one class was grounded for discharge on *habeas corpus*, if well founded; the other was not. Section 30 of the Mutiny Act gave the matters which should appear in an order of commitment of this sort. If these things appeared on the face of the warrant, the *habeas corpus* would not help the prisoner, and he must proceed by way of *certiorari* or error. It was the commitment that was now attacked. The commitment is sufficient. It had been said that the power of the Lieutenant General to convene the Court did not appear; that the Queen's warrant to him should have been set up. There is nothing in this objection; the Commander of the Forces, and the convening officer

having taken that quality, is the person who usually and indeed necessarily has that power, and it was no more necessary for him to set up the warrant under which he convened the Court, than it would be necessary for a Justice of the Peace to set out his commission. That this is sufficient appears from the form in d'Aguilar, p. 115. Having established that a legal Court was created, he would proceed to show the five things which should appear by Statute (Mutiny Act, sec. 30) namely, 1st, that this was a military offender; 2nd, the offence; 3rd, the sentence; 4th, the period of imprisonment, and 5th, the day and hour of the prisoner's release. 1st. That prisoner is amenable to the Court appears from section 2. He is accused as a storeman in the commissariat Department, and he pleaded that he was not guilty and took no exception to the Court. It was therefore out of the question to attempt to alarm society with the idea that public liberty was endangered by the enterprises of Courts Martial. The prisoner had long enjoyed the advantages of his connection with the Commissariat Department; he knew on entering to what he exposed himself, and it was too late to complain of the jurisdiction. Society was the gainer, not the loser, by this military tribunal; without it an army could not exist, and without an army neither could we exist now as an independent people in Canada. 2nd. The offence is set up in the order of commitment; but it is said it is not sufficiently set up; that it is under a disjunctive. This technical rule of the disjunctive has never been applied in charges before Courts Martial, which are not bound by all the subtleties of the Courts. Pipon & Collyer, p. 49, Saunders, No. 407, and indeed all those who have written *ex professo* on Courts Martial. The Counsel for the prisoner cannot show one case where such an objection has ever been made, far less manifested in England. All the cases cited are in the Civil Courts. See also the form d'Aguilar for Mutiny, where the first charge is laid under a disjunctive " Mutiny or cause to Mutiny." 3rd. The offence is also set up, and it is not pretended that if prisoner is amenable to the jurisdiction, and if the proceedings are lawful, that the sentence is incorrect. 4th. The period of imprisonment is set out; and 5thly. The day and hour of the prisoner's release are mentioned. Before sitting down he would refer to the only case of the sort which had come up in this country. It was the case of Private McCulloch (1) arising out of the Gavazzi riots. There the man

(1) Dans l'affaire de McCulloch, celui-ci, simple soldat au 26e régiment d'infanterie, avait été traduit devant une Cour martiale pour avoir, le 9 juin 1853 et sans ordres, fait feu sur certains attroupements qui s'étaient formés dans les rues de la cité de Montréal. Après avoir refusé de reconnaître la juridiction de la Cour Martiale par une exception déclinatoire qui fut rejetée, il fit,

was discharged, but why ? because the offence was a civil and not a military offence. That is very different from this case, which is made expressly a military offence, in precisely the words of the charge. But the case of McCulloch is of this value, that in it Mr. Justice AYLWIN lays down the principles I invoke as those which ought to guide the validity of the proceedings of Courts Martial. A little point was also made in the case, that the date of the signature of the sentence was not set out in the commitment. To this there are two answers. It is not required by the Statute, but in point of fact it is in the commitment which gives the date the 3rd of April, on which the President, Colonel Pipon, signed the proceedings, and the proceedings include the sentence.

PER CURIAM : This was a matter of great importance, and was very ably argued by the Counsel. The petitioner complained that the warrant whereby he had been committed to the common jail by His Excellency, Lieut.-Gen. Sir John Michel, was a nullity ; that he had been convicted of a charge in the alternative. The charge was for having fraudulently embezzled and misapplied, under the Mutiny Act. The petitioner, on conviction of a Court Martial, was sent to jail, first on one commitment, and afterwards another was put in. His Honour would direct his attention to the second commitment. The objections to this commitment might be classed under five or six heads, the first of which, that the charge was in the alternative, was the most important. The charge professed to be grounded on the 17th article of the Mutiny Act, which provided that any officer or soldier of Her Majesty's army, or any persons employed in the war or other department, who shall embezzle, fraudulently misapply, steal, &c. Each of these were different offences, separated from each other by a comma in the clause. But there was something which was not mentioned at the argument, about the embezzling. The Court Martial had convicted the prisoner of "fraudulently embezzling or misapplying." The thing was absurb. The judgment of the Court Martial was not only in the disjunctive, without any certainty, without any proper legal distinction, but it convicted him in the alternative, in the disjunctive, for two pretended offences, one of which was no offence, namely misapplying. But what offence was it to say he was guilty of

le 13 novembre 1853, par requête devant un juge de la C. B. R., demande d'un bref *d'habeas corpus*. Par sa requête il alléguait que l'accusation portée contre lui étant une accusation de félonie, une Cour Martiale était incompétente à juger cette affaire. Le tribunal accordant l'*habeas corpus*, a décidé qu'une Cour Martiale n'avait pas le droit de juger un soldat sur une accusation de félonie, les Cours régulièrement établies étant seules compétentes à juger cette offense. (*Ex parte* McCulloch, requérant *habeas corpus*, C. B. R., en chambre, Montréal, novembre, 1853, AYLWIN, J., 4 R. J. R. Q., p. 238.)

"fraudulently embezzling and misapplying?" This second was no offence at all. It followed that the Court Martial had not only convicted in the disjunctive, but of a pretended illegal offence which was no offence at all. The charge was in the disjunctive and alternative, and was illegal and wrong. Surely because a man happened to be a soldier or an assistant storekeeper, it did not follow that his dismissal from the service was to take place in this way, without any certainty in the charge. The soldier was entitled to the same rights as the civilian. If greater precision were wanted in one case more than in another, it would indeed be in the Court Martial rather than in the Criminal Court, for the Court Martial was more summary, and if when a man was once condemned, unless the commitment was shown to be invalid, he had to go to jail. His Honour, therefore, concurred perfectly in laying it down as the ground work of this argument, that there must be a certainty and precision in the charge, because there must be a certainty in the conviction. He referred to the case against North, as showing that the information must contain a specific charge in order that the Defendant might know what he had to answer. His Honour cited Mr. Simmons, on Military law, page 145, to show that in framing charges, the utmost care must be taken to render them specific, in mentioning dates and places. (Also pages 148 and 396.) In the present case, it appeared by the conviction, which he presumed had been correctly set out in the commitment, that the charge was in the alternative, fraudulently embezzling or misapplying, the latter, in itself, being no offence at all and the Court Martial would have to be taught to charge people legally instead of sending a person to jail for 672 days, dismissing him from the service, and condemning him to make good the value of 500 cords of wood. As to the point that the Lieut.-General should show his authority, that was not necessary, just as it was not necessary for a justice of the peace to show his authority; the first commitment also might be replaced by a second, for it was because the first had not been properly made, that the second D. was put in; and as to the officer signing the commitment, the Lieut. General was Commander in Chief, and commanded all the departments of Her Majesty's Forces in the Colonies.

"Considering that, in and by the warrant of commitment of the Petitioner to the common jail of the district of Montreal, by Sir John Michel, K. C. B., commanding Her Majesty's forces in British North America, bearing date at Montreal the 9th day of April instant, it doth not appear that the Petitioner is legally detained in the said common jail, but that, on the contrary, it doth appear and is manifest that he is detain-

ed under colour of a pretended legal conviction of a certain Court Martial, held at the city of Montreal on the 26th, 27th, 28th and 29th days of March, now last past, and on the 1st and 2nd days of April instant, before which Court Martial, Moor was charged with fraudulently embezzling, or misapplying about 500 cords of wood of government property entrusted to his charge as Assistant Commissariat store-keeper, and that Moor was by the said Court Martial on the 2nd day of April instant, found guilty of the said charge, and that thereupon on the said conviction, the said court forthwith sentenced Moor as in the said warrant of commitment stated, and amongst other penalties, to the following, to wit: to be imprisoned with hard labour for 672 days, and further to be dismissed from Her Majesty's service, and that Moor was in consequence committed by the said Lieut. General Sir John Michel. Considering further, that it doth therefore appear by said warrant of commitment, that there hath been preferred against Moor, before the said Court Martial, no specific charge, and that there hath been no conviction against Moor for and on specific or positive charge, but a conviction in the alternative, one of the two being no offence created by the 17th Article of the Mutiny Act, without any certainty as to any or either of the two charges in the disjunctive, and that this is a matter of substance. Considering that, therefore, the said warrant of commitment is null and void, and of no effect. It is, by this court, adjudged that Moor be not detained any longer in the said common jail and that he be forthwith discharged and set at liberty." (11 *J.*, p. 94.)

W. H. KERR, for Petitioner.

T. K. RAMSAY, for the Crown.

TESTAMENTARY EXECUTORS.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montreal, 9th December, 1865.

In Appeal, from the Superior Court, district of Montreal.

Coram AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., MONDELET, A. J.

NORMAN MCPHEE, Plaintiff par reprise in the Court below, Appellant, *and* SUSAN CLARA WOODBRIDGE, Defendant in the Court below, Respondent.

The Plaintiff brought his action as curator to the vacant estate of the late Duncan Campbell, to recover a specific sum of money from the representative of one of three Executors.

Held : (LORANGER, J.) in the Superior Court, inasmuch as Duncan Campbell, by his last will instituted universal and special legatees, to whom Asa T. Alexander, whom the Defendant represented, was account able as one of the executors of the said will and, inasmuch as there was no proof of record of the lapsing of these legacies, and that the succession of the said Duncan Campbell was vacant the nomination of the curator was to be regarded as a nullity.

Held : ON APPEAL that the legal representatives of the late Duncan Campbell, whoever they may be had no right of action to claim any special sum of money from the Respondent as having been received by her late husband. Asa T. Alexander, in his capacity of one of three joint executors of the last will of the late Duncan Campbell, and could only wage their claims, if any they had, by means of an action against all the executors or their representatives respectively to account for the gestion of the estate by such executors.

This was an appeal from a judgment dismissing an action which was brought by John Rankin, curator to the vacant estate of Duncan Campbell, to recover from Respondent, moneys which had come into her hands, as part of the estate of the late Dr. A. T. Alexander, her deceased husband, to whom she succeeded as universal legatee, under his last will, of date 31st May, 1851. The facts stated in the declaration were that, on the 29th of August, 1832, Lawrenee Kidd, Thomas smart, and A. T. Alexander, as executors to the last will of D. Campbell, sold to J. and D. Torrance a property at Laprairie for £730, whereof £175 was paid, leaving a balance of £555, payable a year after notice given, with interest from the 15th of August, 1832 ; that the capital remained in the hands of the purchasers from the date of sale up to January, 1858, the interest, for the most part, being paid annually to the vendors, as executors of Campbell's estate, who were, as such, jointly and severally liable for the same, Smart, however, not having acted after the execution of the deed and having died within a short time after its date. Kidd died 17th of April, 1843, but A. T. Alexander continued to receive the interest up

to the time of his decease in January, 1858, and the interest had come into his hands to the amount of £832 10s, and neither of the executors ever accounted for or paid any of the said interest or moneys to or for the benefit of the estate of Campbell, nor his representatives. Dr. Alexander made his will 31st of May, 1851, before Dupuy and Barbeau, notaries, constituting Respondent his universal legatee, and died on the 27th of January, 1858, leaving his will in force, under which Respondent had come into possession of his estate, and had become bound and liable to account for and pay the said interest which fell into her hands, as being in the estate of Alexander and being due by Respondent as his representative. That Dr. Alexander had used the moneys from year to year as he received them and made more profit and interest thereon than the legal interest thereof, and was liable to account for such profits and interest, which use had been continued by Respondent since his decease, who was consequently liable to account for and pay the same, to the extent of the further sum of £750. Wherefore the Plaintiff demands that Defendant may be adjudged and condemned to pay and satisfy to him the sum of £1582 10s with interest and costs. The pleas of Defendant set up that she was not liable to Plaintiff, inasmuch as his appointment of curator was irregular and void, and was made on petition and by the advice of persons having no interest in the estate. That the estate of the testator Campbell was not vacant; that the name of John Rankin had been used by parties desirous of fraudulently intermeddling with the estate, and as if the estate had been vacant; that Defendant was ignorant of what sums of money had been received or disbursed by the executors, and moreover, that, under the will of Duncan Campbell, he had named universal legatees, to whom or to whose legal representatives alone, the executors were liable to account for all their acts as executors when thereto required, and that the action should have been brought for an account generally of the executor's *gestion*, and been directed against all the executors, if, as such curator, Plaintiff had a right to bring such action. Allegations were made that Plaintiff's name had been used by persons unknown, who had contrived to get into their hands the capital of the *prix de vente* in question, and had caused a judgment to be got in an action, No. 1962, brought by Rankin against John Torrance and David Torrance, on the 30th December, 1861, for the capital. A petition was fyled by Norman McPhee, as new curator, by appointment produced, dated 12th of March, 1862, to take up the *instance*, who answered Respondent's pleas to the effect following: Denying Respondent's allegations, save in what they expressly con-

formed to the declaration, denying Respondent's right to set up the objections she did, averring that the estate of Duncan Campbell required to be represented, among other things, to make annual payments to special legatees, and that both Rankin and McPhee were responsible parties, having valuable real estate ; that it was true the curator had got judgment for the capital against J. and D. Torrance, and the new curator had brought a suit to have it declared executory in his favour, and that Respondent's pretensions were unfounded in fact and in law. Appellant, by David Torrance, proved the payment of the moneys as per the receipts produced. The case being heard in the Court below, the Honourable Mr. Justice Loranger presiding, on the 30th day of April, 1864, rendered the following Judgment: "La Cour, considérant que, par son " testament solennel reçu le 15 Novembre, 1820, devant Bar- " beau, notaire et témoins, Duncan Campbell, à la succession " vacante duquel le Demandeur, John Rankin, a intenté la " présente demande comme curateur, a institué des légataires " universels et particuliers auxquels feu Asa T. Alexander, " que représente la Défenderesse, était comptable comme un " des exécuteurs dudit testament. Considérant qu'il n'existe " pas au dossier de preuve de la caducité de ces legs, et que la " succession de Campbell soit devenue vacante, et qu'en l'ab- " sence de cette preuve la nomination du Demandeur princi- " pal comme curateur à ladite succession et celle du Deman- " deur par reprise d'instance, au lieu et place du Demandeur " principal, doivent être traitées comme des nullités. Faisant " droit sur les défenses de la Défenderesse, lui en adjuge le " bénéfice en les maintenant et, partant, a débouté et déboute " la présente demande et condamne personnellement le De- " mandeur principal et le Demandeur par reprise d'instance " John Rankin et Norman McPhee, à payer à la Défenderesse " les frais par elle encourus sur la présente action."

Cross, Q. C., for Appellant, submitted that the motives of the judgment were unfounded and that the conclusion arrived at was therefore illegal and erroneous. The *onus* of proof lay upon Defendant, not upon Plaintiff. The Plaintiff, as a duly appointed administrator, had at least a *prima facie* and presumptive right and possession until divested in due course of law. The demand was for the interest of a sum of money, the capital whereof it was admitted and was proved to have passed into the hands of Plaintiff as administrator. It was not competent for Defendant, a mere debtor to the estate, and without any title to administrative capacity and without any interest in such a defence, to set up the pretension that another had a right to the monies. It was competent for Plaintiff, as administrator in possession, to give Defendant a

sufficient discharge, which was all that interested her. She had no interest whatever in determining who was a rightful representative, but only who was *de facto* representative. If every representative, when demanding payment from a debtor to the state, was bound to prove the causes for his appointment, he would be exposed to an endless and interminable task in asserting the most inconsiderable right, and that without any cause, reason, or advantage. The curator must be presumed to have produced the proof necessary to warrant his appointment at the time it took place, and becoming vested by authority of justice, remains so until divested by some one having a better title. Should any one pretend to be universal legatee, he could try his title by suing the curator. It was only the absence of such an existence that permitted the appointment of a curator, who became possessed by reason of there being no universal legatee or representative, and the proper course to dispute his position would be for some one having sufficient interest to bring a suit to revoke his title. When so warned, he might be expected to bring forward his justification in answer to a case made out against him. This Court could not be satisfied with a judgment that leaves the estate in confusion, and a debtor absolved from a large liability. There was another ground referred to in the pleadings, which would not require extended remarks to prove its fallacy, viz.: That Defendant was only liable to an action in the form of an action to account. In reply, it might be said in the first place, there was no such rule of law whatever, to exclude a specific demand, even where there was a right to an action of account. Again, the greater recourse always included the lesser. Lastly, that it was in fact and name an action to account, but there being but one item or sum of money in question, the conclusions claimed only a simple condemnation for a specific sum, and was the most apt and proper recourse suited to the circumstances. When a single object was sought, of right belonging to Plaintiff, should there be further liability, Defendant could not complain of its omission. Should she have any offset *dépenses* or *reprises*, it was surely simple enough and not unfair to expect her to ask the deductions she might claim; but in fact she was not an administrator; she succeeded to an estate in which there was a sum of money belonging to another; she was asked to pay over that sum.

Robertson, Q. C., for Respondents, submitted that the judgment of the Court below ought to be maintained. 1. The estate of the testator was not vacant and, therefore, the appointment of a curator, even if regularly made, on petition of creditors or parties interested, was a nullity. The testator by his will, after specific legacies to persons named, directed that

" as to the rest and remainder of all and singular, his, the " testator's property and effects, both personal and real, where- " of or wherein he now is, or shall or may be in anywise pos- " sessed or interested at the time of his decease, he, he said " testator, doth will, bequeath and devise the same to be paid, " distributed and divided in manner following, that is to say: " An equal fifth part unto John Campbell and his lawful " children ; one other fifth part to his late sister, Janet's law- " ful issue ; one other fifth part to his sister Margaret," &c., hereby constituing them, his said brothers and sisters (named) his residuary devisees and legatees. By this clause, the succession under the Imperial Act 14, Geo. 3, the Provincial Statute 41 Geo. 3, c. 4, devolved upon these legatees, without the necessity of any demand *en délivrance*. One of the *considérants* of the judgment in appeal in the case of *Blanchet* vs *Blanchet* (1), expressly held that under these statutes, " le légataire uni-

(1) Dans l'affaire de *Blanchet et al.*, Défendeurs en cour de première instance, Appelants, et *Blanchet*, Demandeur en cour de première instance, Intimé, ce dernier, légataire universel de J.-B. Blanchet, son oncle, avait intenté une action en délivrance de legs contre les frères du testateur, ses plus proches héritiers. Défense au fond en fait et exception péremptoire en droit perpétuelle de la part des Défendeurs, par lesquelles ils alléguaient que le testament en question dans la cause était nul, parce qu'il aurait été obtenu par suggestion et au moyen de fausses représentations. Le 6 décembre 1859, la Cour Supérieure à Québec ordonna la délivrance du legs fait par ledit testament. Sur appel, la C. B. R., à Québec, LAFONTAINE, J. en C., dissident, AYLWIN, J., DUVAL, J. dissident, MONDELET, J. S., et BADGLEY, J. S., a, le 8 mai 1861, infirmé le jugement de C.-S., jugeant que l'Intimé n'était pas tenu de demander délivrance de legs à qui que ce soit, attendu que la liberté de tester de tous les propres, acquets et conquets, au profit de qui que ce soit, suivant la volonté du testateur, ayant été accordée par le statut impérial 14 Geo. III, ch. 83, sec. 10, tel qu'interprété par le statut du B.-C., 41 Geo. III, ch. 4, la règle de l'ancien droit coutumier " le mort saisit le vif " avait en vertu de cette législation spéciale, cessé de recevoir son application, lorsqu'il existait des dispositions testamentaires et actes de dernière volonté de la part de la personne décédée ; qu'en conséquence le testament et la succession testamentaire étant, dans le Bas-Canada, tombés sous l'empire du droit écrit, le légataire universel, suivant les dispositions de ce droit, devenait, en vertu et par la seule force du testament, saisi de l'hérédité du testateur. (11 D. T. B. C., p. 204.)

" Le mort saisit le vif ; " en conséquence, à l'ouverture de la succession, l'héritier légal est saisi de tout legs ordinaire fait par le testament et n'en peut être dessaisi que quand une délivrance de legs a été obtenue. (*Campbell* vs. *Sheppard*, et *Chartier*, Opposant, C. B. R., Québec, 19 juin 1819, Stuart's Rep., p. 138. Cette décision a été confirmée par la Cour d'Appel.)

La règle de droit concernant les donations testamentaires, " Le mort saisit le vif," dans les cas où, par le testament, l'héritier légal est tout à fait exclu de la succession, ayant eté abrogée par l'Acte de Québec et le statut du B.-C., 41 Geo. III, ch. 4, sec. 1, une action pétitoire contre un légataire résiduaire peut être maintenue sans qu'une demande en délivrance de legs soit faite à l'héritier légal. (*Institution Royale pour l'avancement des Sciences* vs. *DesRivières*, C. B. R., Montréal, 19 octobre 1823, PYKE, J., 1 R. J. R. Q., p. 220. La Cour d'Appel, le 29 novembre 1825, et le Conseil Privé, le 7 mai 1828, ont confirmé cette décision.)

La délivrance de legs est nécessaire pour donner au légataire la propriété de la chose léguée. (*Holland* vs. *Thibaudeau*, C. S., Saint-François, 27 janvier, 1854, DAY, J., SMITH, J., et CARON, J., 4 R. J. R. Q., p. 102.)

versel devient saisi de l'hérédité en vertu et par force du testament," and, in the recent case of *Webb* vs. *Hall* (1), the same doctrine was maintained. If the law throws the succession on the universal legatees, under the Will, their rights cannot be interfered with by an *ex parte* appointment of a curator to the succession, as vacant. Nor are the executors bound to account to a curator, without any allegation or evidence that the universal legatees have renounced the succession, or that the legacy had lapsed. The title under which the executors were named. The will itself, shows the estate not to be vacant; the will dated only six years previous to the sale by the executors, recognizes the brothers and sisters of the testator and their heirs as his universal legatees. Such a state of things shews the succession was not vacant. At the words "*Biens vacans*," Denisart, p. 514, says, "dans un sens très étendu on nomme biens vacans tous ceux qui n'ont plus de maître." P. 514, "Lorsqu'un défunt ne laisse point des successeurs universels appelés par la loi, ou par la disposition de l'homme, ou que ceux qui le sont renoncent, la succession est vacante." The succession of the testator Campbell, in this case, vested under the will in his brothers and sisters, as his universal residuary legatees, and the executors were, therefore, liable to account to them, and to them alone, the estate being vacant, 8 *Denis*, v. *Exécuteur*, p. 231, No. 4. 2. The executors should have been sued together and for an account of the succession generally, and not as in this case, the representative of one executor only. In *Dame* vs. *Grey* (2) it was held, "that all joint executors who have acted, must in an action of account be made parties to the suit, and be jointly summoned as such." It appears from the declaration that all the three executors acted in deed of sale to Messrs. Torrance, and the authority quoted is therefore applicable in this case. "Quand il y a plusieurs personnes chargées conjointement, elles doivent rendre leur compte conjointement, et elles sont tenues solidairement pour le *reliquat*, 8 Nouv. Denisart, p. 234, No 10. Here the action is not for an account, but for a specific sum alleged to have been received by one executor for interest, and the Respondent is deprived of an opportunity of rendering a full account

(1) Aucune action en délivrance de legs n'est nécessaire, si le testateur a disposé de toutes ses propriétés par testament. (*Webb* vs. *Hall*, C. B. R., Québec, 17 décembre, 1864, DUVAL, J. en C., AYLWIN, J., MEREDITH, J., MONDELET, J., et DRUMMOND, J., infirmant le jugement de C. S., Québec, 15 avril 1864, 15 D. T. B. C., p. 172.)

(2) Des exécuteurs testamentaires conjoints et ayant agi en cette qualité doivent, dans une action en reddition de compte intentée contre eux, être assignés conjointement et être tous partie à l'action. (*Dame* vs. *Grey*, C. B. R., Québec, 1812, 2 R. J. R. Q., p. 48.)

and of obtaining any balance due in case the disbursements exceeded the receipts, there being no *reliquat*, Ib., p. 235, No. 12. 3. The Defendant expressly put in issue the validity of the appointment of the curator, from the want of interest in Rankin, to have a curator named, and it is submitted that a nomination by persons picked up in the Court House, cannot be held as a valid appointment, to enable him to bring an action against the representative of one of the executors only. The original Plaintiff admits in his deposition that he acted simply at the request of McPhee, he resigned his charge without rendering any account, and McPhee admits that the legacy of £12 10s to his wife, given by the Will, has been fully paid, and it appears by the deposition of Torrance that the capital of the *prix de vente* was paid over by him to Rankin, and the universal legatees thereby deprived of the hypothec and security, under the registered deed of sale.

DRUMMOND, J.: The court does not feel called upon to pronounce any opinion on Plaintiff's appointment as curator. For my own part, it seems to me in most cases the curator ought to be looked upon as the legal representative of the estate till the *curatelle* had been set aside. But there might be cases in which it would be evident that the appointment had been improperly made. The payment must be confirmed on the ground that the action was brought for a special sum. An action could not be brought against an executor for a special sum of money, for, though it might be true that he had received £500, he might have spent £10,000. The proper action was an action to account.

The judgment in appeal was follows ; " The court, considering that the legal representatives of Duncan Campbell, whoever they may be, had no right of action to claim any special sum of money from Respondent as having been received by her late husband, Asa J. Campbell, in his capacity of one of three joint executors of the last will and testament of Duncan Campbell, and could only wage their claims, if any they have, by means of an action against all the executors or their representatives respectively to account for the gestion of the estate by such executors, and therefore that there is no error in the judgment appealed from, doth affirm the same with costs, &c. (11 *J.*, p. 100; 1 *L. C. L. J.*, p. 86, et 16 *D. T. B. C.*, p. 157.)

CROSS & LUNN, for Appellant.

A. & W. ROBERTSON, for Respondent.

PRESCRIPTION.—LEX LOCI CONTRACTUS.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montreal, 8th September, 1870.

Coram DUVAL, C. J., CARON, J., DRUMMOND, J., BADGLEY, J., and MONK, J.

LEWIS O. WILSON, Plaintiff in court below, Appellant, *and* JOSEPH DEMERS, Defendant in court below, Respondent.

Where a promissory note was made in a foreign country and payable there, and the debtor about the time of the maturity of the note absconded from his domicile in such foreign country, and came to Lower Canada, and his domicile was discovered by the creditor, after diligent search, only about the time of the institution of the action, and it appeared that under these circumstances the Plaintiff's recourse on the note would not be barred by the statute of limitations of the foreign country where the note was made, and where it was payable: *Held:* that the action was not barred by the statutory limitation of Lower Canada, though more than five years had elapsed after the maturity of the note before the action was brought.

The Plaintiff, in his declaration, alleged the following facts: "That, on the 12th of September, 1857, Defendant, who was "then carrying on business in partnership with his brother, "Hector Demers, in Fond-du-Lac, Wisconsin, in the United-"States, under the name of Demers Bros., at the city of New-"York, in the State of New-York, one of the United-States, "gave as a co-partner, to the firm of L. O. Wilson & Co., mer-"chants, of that city, a promissory note, signed by Demers "Bros., whereby the latter promised to pay L. O. Wilson & Co., "or order, at the Bank of the North-West, at Fond-du-Lac, "at Wisconsin, $1120.47, four months after the date aforesaid; "that, after the making and delivery of said note, L. O. "Wilson & Co. duly transferred it to Plaintiff; that on the "maturity of the note, it was duly presented for payment, at "the place where it was made payable, whereupon payment "was refused and the note protested; that, on or about the "date of the protest of said note, Defendant and his brother "suddenly, secretly, and fraudulently, departed from their "domicile in Fond-du-Lac and from the United-States; that, "since then, and to the 19th April, 1866, Plaintiff had caused "diligent search to be made for Defendants, but without "success; that, on or about the date last aforesaid, Plaintiff, "for the first time, discovered the residence of Defendant and "of his brother; that, since the maturity of the note, the domi-"cile of Defendant and his brother hath been in Lower "Canada, and that they have had no domicile since in the "United-States; that, by the laws existing in the State of "New-York and in the State of Wisconsin, at the times of

" the making and of the maturity of the note, the absence of " the Defendant suspends the statute of limitations existing " in these States, and gives to Plaintiff a right to sue for and " recover from Defendant the amount of the note ; that Defen- " dant hath recently dissolved partnership from his brother, " and that by law heretofore and still existing in the States, " Plaintiff hath still a right to sue and recover the amount of " the note from Defendant ; and therefore, under the circums- " tances aforesaid, he hath also a right to sue and recover " from him thereon in Lower Canada." To this declaration Defendant demurred, on the ground that the note is prescribed by the *Statute of Limitations* of Lower Canada.

GIROUARD, pour le Défendeur : Le Défendeur, tout en plaidant l'exception de prescription de cinq et six ans, a produit une défense en droit, par laquelle il prétend que le billet en question n'est pas soumis à la loi étrangère, *lex loci contractus*, mais à la loi de notre pays quant à ce qui regarde la prescription. La prescription en matière de commerce est une limitation, une déchéance, une négation de l'action, et, en conséquence, elle est soumise à notre loi, suivant la maxime qu'en matière de procédure on suit la loi du lieu où les procédés sont institués. Voir la cause de *Côté* vs. *Morrison* (1). La cause de *Fenn* et *Bowker* (2), décidée durant cette année, peut aussi être citée comme précédent. On prétend que le ch. 64 des Statuts Refondus du Bas-Canada ne frappe que les billets " payables dans le Bas-Canada ;" mais la 12e Vict., ch. 22, statuait également sur les billets à l'étranger ; et comme celui dont il s'agit a été fait et est même devenu dû avant les Statuts Refondus, il se trouve soumis à la 12e Vict. Mais encore si cette dernière ne le regarde pas, alors il est sujet au

(1) Dans l'affaire de Côté *et al. vs.* Morrison, action intentée par les Demandeurs, héritiers de leur père, Pierre Côté, contre Morrison, en recouvrement du montant d'un billet signé par le Défendeur à Mackinaw, dans l'Etat de Michigan, le 24 juillet 1826, et payable dans un an de sa date. Le Défendeur, entre autres choses, plaida qu'aux termes de la loi 12 Vict., ch. 22, sec. 31, qui décrétait que " toutes lettres de change à l'intérieur ou à l'étranger, et tous billets dus et payables dans le Bas-Canada, à l'époque où cet acte deviendra en force, seront censés et considérés absolument payés et acquittés, à moins qu'une poursuite ou action ne soit intentée sur iceux dans les cinq années qui suivront le jour auquel lesdites lettres de changes ou billets seront et deviendront dus et payables," il y avait prescription quinquennale. Les Demandeurs répliquèrent que la prescription alléguée par la défense avait été interrompue par des promesses de payer faites par le Défendeur et, particulièrement, par une lettre en date du 13 mars 1847, dans laquelle le Défendeur reconnaissait l'existence de cette dette. Le 30 avril, 1858, la Cour Supérieure, (SMITH, J.) débouta les Demandeurs de leur action par le motif qu'un délai de plus de cinq années s'étant écoulé entre la date de la mise en vigueur de la loi 12 Vict., ch. 22, et la date de l'assignation, aux termes de cette loi, ledit billet se trouvait prescrit. (8 *D. T. B. C.*, p. 254, et 2 *J.*, p. 206.)

(2) 12 R. J. R. Q., p. 195 et 11 R. J. R. Q., p. 512.

Statut des Limitations, 10 et 11 Vic. ch. 11, comme étant " a simple contract without specialty." D'ailleurs, ceci est pleinement justifié par les dispositions de nos lois statutaires et aussi par la jurisprudence international de tous les pays où la législation anglaise en matière de prescription a été adoptée. Il y a quelques auteurs, tels que Story, qui, tout en admettant qu'on peut toujours plaider la prescription de la loi du pays où l'action est prise, pensent néanmoins qu'on devrait admettre la prescription du lieu du contat, chaque fois qu'elle a été acquise avant l'action, et qu'elle anéantit non pas tout simplement l'action, mais le droit et la dette elle-même ; mais cette question, sur laquelle Bateman, *Commercial Law* (1865), offre aussi de longs commentaires, est étrangère à cette cause. En France, la question paraît être controversée. Suivant Pothier (Prescript., No. 251), c'est la loi du domicile du créancier qui gouverne ; et suivant Merlin, *Repert.*, *vo. gens de main-morte*, p. 634, col. 1, et *pres.*, p. 498, No 7, et t. 17, p. 403 et 404, et Dunod, *pres.*, part. 1ère, ch. 14, c'est au contraire la loi du domicile du débiteur. Troplong affirme qu'il faut suivre la loi du lieu du paiement parce que c'est là que le contrat est considéré avoir eu lieu. Pardessus est de son avis, et quelques autres encore. Quelle que soit d'ailleurs l'opinion des juristes français, elle ne peut gouverner ici. Notre limitation ou déchéance qu'on appelle improprement " prescription," est tout-à-fait différente de la prescription du droit français, tant ancien que nouveau. Suivant notre Législature Provinciale, la prescription se rapporte avant tout à l'action, et si le débiteur est libéré, c'est parce qu'il n'est plus soumis à l'assignation judiciaire et que son engagement est dégénéré en obligation purement naturelle. En référant aux décisions de *Huber* vs. *Steiner*, *Lippman* vs. *Don*, per Lord Brougham, Story, *Conflict of Laws*, et quelques autres commentateurs, on trouvera encore d'autres raisons concluantes. Cette question, quand bien même elle ne serait pas réglée par notre Statut, devrait encore être décidée par les lois anglaises et non par les françaises, parce qu'elle tient essentiellement à la nature de la prescription anglaise introduite en ce pays, à l'ordre public et même au droit international aux relations des étrangers avec les sujets ou résidents britanniques. Aussi les codificateurs n'ont pas hésité dans leur rapport sur la prescription, page 63, à déclarer que l'introduction de la loi anglaise ayant eu lieu en matière de prescription des affaires commerciales, toutes les matières qui s'y rattachent sont soumises à la loi anglaise. C'est, ajoutent-ils, ce qu'expose l'article 8, qui consacre la doctrine de *Huber* vs. *Steiner* et de *Lippman* vs. *Don*. Le Demandeur dira peut-être que cette question ne pouvait pas être soulevée par une défense en droit. Nous devons dire qu'elle

l'a ainsi été au désir des deux parties pour s'exempter des lenteurs et frais d'une enquête et de l'envoi de commissions rogatoires. Mais, d'ailleurs, le Demandeur a lui-même provoqué cette défense en droit, en avançant dans sa déclaration que le billet n'étant pas prescrit par la loi du pays où il a été fait et payable, il ne l'était pas ici. Le Défendeur a tout simplement répondu qu'en supposant les faits de la déclaration vrais, il n'avait rien à faire avec la *lex loci contractus*, mais bien avec la loi de ce pays. Comment maintenant pourra-t-on prétendre sérieusement que la loi de ce pays a besoin d'être plaidée par *exception* ou *fin de non recevoir?* Sa disposition est-elle un fait supposé inconnu? Les juges ne peuvent-ils la mettre à exécution que si elle est invoquée? Soutiendra-t-on encore que cette cour n'a pas le droit de renvoyer *de plano* un appel pris après les délais? la chose a même été faite il n'y a encore que quelques années. Pour quelle raison de différence voudrait-on que l'on paraisse ignorer la disposition qui regarde la *limitation des actions*, aussi positive et rigoureuse que celle qui établit la prescription du droit d'appel. Cette prescription des affaires commerciales n'est pas seulement un privilège que le débiteur peut, ou ne peut pas invoquer; elle est d'ordre public comme celle de l'appel, une déchéance, une négation, une prescription formelle et positive de l'action. Cette doctrine peut paraître nouvelle, mais elle ne l'est pas: Dunod (*Prescription*, p. 110); Carondas (*Quest.*, t. 22, ch. 4) et Ferrières (*Sur Paris* t. 6, § 1, No 15) étaient d'avis que lorsqu'il y avait un terme fixé par les ordonnances et que la partie agissait après son expiration, le juge devait lui opposer d'office qu'il était déchu. Car, disent ces auteurs, le juge doit juger suivant l'ordonnance, qui est en ce cas un règlement de police et un droit public. Même sous l'empire du droit français, suivant lequel la prescription n'a aucunement le caractère de la nôtre, la jurisprudence qui a introduit la nécessité de l'exception de prescription a paru à plusieurs auteurs comme un non-sens et une erreur des praticiens. On trouve une intéressante dissertation sur ce sujet dans Troplong, *Prescrip.*, No 84 et suivants. Mais il y a plus dans ce cas-ci. Le Défendeur a plaidé au fond même *par défense en droit*, que la loi étrangère ne peut toucher l'action prise ici, qui est régie par notre loi. Comment le juge peut-il alors ne pas prendre connaissance de cette dernière et en refuser le bénéfice à celui qui l'invoque comme sa libération. Ce point a été décidé dans le sens de l'Intimé, croyons-nous, dans la cause de *Giard* vs. *Lamoureux*, rapportée dans ce volume.

POPHAM, for the Plaintiff: 1. The first proposition Plaintiff would sustain is, that the *lex loci contractus*, or if not that, the law of the place where the *note was made payable*, should

govern the note in this case, and not the *lex fori*. This question is one that properly belongs to the department of private international law: " Which determines before the courts of " what nation each suit should be brought, and by the law of " what nation it should be decided. (Westlake, Private Inter. " Law, Art. I.)" This department of law derives its principles from the Civil Law. M. Felix (*Droit Inter. Privé*, vol. I, art. 96, p. 209) says " Les lois romaines ont déjà consacré le prin- " cipe, que la matière du contrat est régie par la loi du lieu où " il a été passé." In page 212, he says, " but when the *acte* expressly stipulates that it shall be *executed elsewhere, then* it must be governed by the law of the place of execution" ; and in page 214 he adds: " Ce principe a été emprunté à la " loi romaine L. 21 ff., De obl. et act. Elle repose sur la cir- " constance qu'en fixant un lieu pour l'exécution du contrat, " les parties sont censées avoir voulu faire tout ce que prescri- " vent les lois du même lieu. Tel est le sentiment de Paul " Voët, Jean Voët, Christin, Sande, Boullenois, Story, Huber, " Pardessus," etc. Merlin (Quest. de droit, vo. *Prescription*,) holds the law of the *lex fori*, or that of the domicile of the debtor, will regulate a case like the present; but he fails to draw the distinction between a debt made payable generally and one payable in a particular place. Boullenois, T. I., p. 530; T. II., p. 488, and Pardessus, *Droit Com.*, No. 1495, both observe this distinction, and in the latter case sustain the application of the law of the place where it is made payable. Such is likewise the opinion of Christin, Burgundus, Mantica, Fabre, cited by M. Felix, p. 221. On the other hand, certain authors maintain that no other *prescription* than that existing in the place where the obligation was created can be pleaded. (Hert, Mansord, MM. Rocco, Reinhardt, Shafner.) " Cette opinion," says Felix (p. 22) "*peut-être la mieux fon- " dée en théorie, a aussi été adoptée par la Cour Royale de " Douai et par la Cour Royale de Paris.*" In a note on this passage, by M. Demangeat, he reviews the various opinions held by writers on this question, and states that the opinion adopted by Felix and the *Cour Royale* de Paris is that which now generally prevails. *Savigny*, the eminent Prussian jurist, in his commentaries on Civil Law, sustains the doctrine that the prescription of the place must govern, and where no place of payment is specified, then that of the place where the contract was created. Ibid., 223, note. This is likewise the doctrine of Troplong. "L'action personnelle se prescrit par la loi en vigueur du lieu *où doit se faire le paiement.*" In a foot note he adds: "*Pothier est le seul qui soutienne que la prescrip- " tion est reglée par le cas du domicile du créancier, mais " c'est une erreur difficile à comprendre dans un juriscon-*

" *sulte d'un aussi grand sens.*" *Prescription, No.* 38. This view is also sustained by Pardessus in a more explicit manner: " Ainsi, lorsqu'un débiteur oppose la prescription, *le " droit d'user de ce moyen,* la durée de cette prescrip- " tion, *seront réglés par le droit du lieu où il a promis " de payer.*" *Droit Commercial,* vol. vi, art. 1495, p. 383. II. It is hoped the foregoing authorities will be deemed sufficient to show that the law of the *lex loci contractus,* or that of the place where this note is specially made payable, ought to be applied. It is immaterial which, in this case, as the law of both states are identical on the point at issue. The Plaintiff now proposes to show that our municipal law, if it be applied, would sustain his right of action. The Con. Statute of L. C., chap. 64, is the only statute regulating the prescription of notes, made subsequent to the 1st August, 1849. The 31st sec. expressly limits its operation, as regards prescription, to notes "*due and payable in Lower Canada.*" It is clear then it can have no application to this case. The Defendant's attorney relies: 1st, upon the statute of limitation; and 2ndly, on some decisions in England. The English decisions will be referred to further on. The statute of limitation is equally inapplicable, although it is on this *statute* the demurrer appears to be based. True, the first section contains the words "any lending or contract without specialty," which in England is held applicable to promissory notes. But our Promissory Note Act was introduced *subsequently* to the Limitation Act (10 and 11 Vic., cap. 11) and it has specially laid down a different prescription. The Limitation Act must therefore be considered imperative in the present case. This view seems to have been conceded by the Appellant's counsel in *Bowker* vs. *Fenn,* 12 *R. J. R. Q.*, p. 195 et 11 *R. J. R. Q.*, p. 512; and therefore, it is submitted, the demurrer ought to have been dismissed irrespective of the merits or demerits of the declaration. *Côté* vs. *Morrison* suprà, p. 16. In that case, the Superior Court sustained the application of the Statute as to the prescription, but, in the Court of Appeals, the judgment was *not* sustained on that, but on other grounds. The present case, however, differs from it in important particulars. In this case the note is not only made in a foreign country; but unlike that in *Côté* and *Morrison,* it is specially made *payable there.* As has been already shewn, Boullenois and others, who sustain the *lex fori,* or domicile of the debtor, where *no* place of payment has been stipulated, hold the reverse, where the place of payment has been specially stated. This, as well as other differences, exist between this case and that of *Bowker* and *Fenn.* But, in the case of *Addams* vs.

Worden (1), a decision was rendered by the Court of Appeals sustaining the right of pleading and proving the statute of limitations of the State of New York to an action instituted here on a judgment obtained in that State on a promissory note. III. Plaintiff submits that granting the law of the *lex loci contractus* to be inapplicable; and that a note similar to that in question may, under ordinary circumstances, be prescribed by our Provincial statute; nevertheless, by the law of this country, the facts set up in the declaration, *if true*, suspend the prescription, and also give rise to a question of fact, and not of law, in consequence of which the demurrer ought to be dismissed. The case last cited, of *Addams* vs. *Worden*, furnishes one of the grounds for this assertion. The Defendant pleaded the statute of limitations in the State of New York. This plea was rejected. In Appeal, the Court held to the right of *pleading and proving* this statute. The following is an extract from the judgment having reference to this plea: "Seeing that the Statute of New York pleaded by "the Appellant in the Court below cannot be judicially "noticed, but must be first *proved as a fact* before the Courts "of justice in Lower Canada can decide upon its nature and "effects, and that the Court below in overruling so much of "the second exception of the said Appellant as asserts the "said Statute as a ground of defence was premature, and that "therefore in the said judgment of the 15th December, 1852, "by which the said ground of exception is dismissed, *there is "error in that respect*," &c. In this case Plaintiff has specially set up the law of limitations of New York and that of the State of Wisconsin, invoking by his declaration their provisions on behalf of a note made in New York and payable in Wisconsin, as the Defendant in *Addams* and *Worden*, invoked by his plea. If, in the latter case, there existed the right to *prove* the foreign statute, the authorities cited in the first part of this *factum* assuredly establish a still stronger claim to that right here. The second ground for the third position of

(1) Dans l'affaire de *Addams*, Appelant, et *Worden*, Intimé, C. B. R., Montréal, 23 mai 1856, LAFONTAINE, J. en C., DUVAL, J., et CARON, J., infirmant le jugement de C. S., 5 R. J. R. Q., p. 93, il a été jugé qu'une sentence, rendue par la cour de juridiction criminelle d'un pays étranger et pouvant entrainer la suspension ou la perte des droits civils, n'a effet que dans le pays où elle a été prononcée et ne saurait priver un individu de ses droits naturels en dehors de ce pays; que la mise à exécution d'une telle sentence par une puissance étrangère serait une violation du droit public et du droit des gens; que les tribunaux du Bas-Canada ne peuvent prendre judiciairement connaissance d'un statut de prescription en vigueur dans un pays étranger et qu'il faut d'abord que l'existence d'un tel statut soit prouvée avant qu'ils puissent décider de sa nature et de ses effets; que, dans une action fondée sur un jugement rendu à l'étranger, le Défendeur peut plaider qu'il n'a pas été entendu ni dûment appelé dans la cause dans laquelle ce jugement a été rendu.

Plaintiff is supplied by a principle recognised in our law. *Contra non valentem agere nulla currit prescriptio.* Pothier, standing as he does almost alone in the advocacy of the *lex fori*, also adopts this maxim; and admits that prescription cannot begin to run but from the day the creditor has the power to bring the action. *Ob.*, part III, Ch. 8, Art. II, Sec. 2, Art. 679 and 80, *Ibid.* Prescription Art. 22. Two other principles of the Civil Law are likewise recognised by our Courts. *Non debet alteri par alterum iniqua conditia inferri. Factum cuique suum non adversaria nocere debet.* "On n'est pas," says La Merle, "recevable à se plaindre ni à se prévaloir de " son propre fait, de sa négligence, de son imprudence, *à plus* " *forte raison de sa faute*, au préjudice d'autrui." *Fins de non Recevoir*, Ch. VII, p. 144. These citations are closely applicable to this case. The Plaintiff's declaration also alleges the secretly and suddenly absconding of Defendant from his domicile about the period of the maturity of the note; that Plaintiff had since made diligent search for him, but without success, until the month of April last, when he for the first time found Defendant in this Province; that, in consequence of this fraud by Defendant, he was unable to institute any action upon the note according to the laws existing in New-York and in Wisconsin, and consequently by these laws, as well as by that of Lower Canada, the statute of limitations was, as regards the note, suspended. If then the law of this country tells us that prescriptions cannot run but from the day the creditor has the power to bring his action, and that no one can plead to the detriment of another the consequences of his own fraud, or negligence, surely then Plaintiff has a right to prove his allegations that he was unable to institute an action on the note before the expiration of five years from its maturity, and that the cause of such inability arose solely from the acts and frauds of the Defendant. IV. It has been stated in a foregoing remark that Defendant's attorney partly relies upon certain decisions in the english courts, in his argument on his demurrer. These decisions have recently been commented upon by Mr. Westlake in Arts. 250, 251, 252 and 253 of his work on Private International Law. They consist of two cases of appeal from the Scotch Courts, where the Civil Law prevails, and where the *lex loci contractus* was applied, viz: *Campbell* vs. *Steiner* and *Fergusson* vs. *Fyffe*; and two english cases, viz: *The British Linen Company* vs. *Drummond* and *Huber* vs. *Steiner*; the latter decided on the opinion of the civilians, Huber and John Voët. In these cases *lex fori* was applied, because it was supposed the prescriptions invoked were questions of procedure which belonged to the *lex fori*. The author shows that this opinion rests, as he says,

"*on two fallacies.*" "There is nothing," he adds, in another part of Art. 250, "at the bottom, in any statute of limitations, but an essential modification of the rights created by "the jurisprudence in which it exists, and which *is therefore* "*incapable of a just application of rights created by the jurisprudence of another country.* "The rule here advocated" (namely, that of the *lex loci contractus,*) "is also, as Savigny "remarks, the most reasonable, because it excludes both the "arbitrary will of the Plaintiff to choose between competing "forums that which allows the largest term of prescription, "and the arbitrary power of the Defendant to defeat his cre-"ditor by removing his domicile to the forum which allows "the shortest term *and avoiding while it runs personal pre-"sence in the special forum of the obligation.*" In a note on Art. 250, the jurist states that the authorities cited by Story in sustaining the *lex fori* "are a little overstated," and in the conclusion of Art. 252, on this question, he says: "*The whole "subject is still open for the higher english tribunals.*" The fallacy of contending that the plea of the statute of limitations is simply a plea to the remedy, and not a discharge of the contract, and therefore a plea to be governed by the *lex fori* is also combated, by a recent work on the Commercial Law of the United States, by W. O. Bateman, sects. 144 et *seq.* These views have been adopted recently by the Queen's Bench, in Upper Canada, in the case of *Darling* vs. *Hitchcock.* This was an action on a promissory note made in Upper Canada, but payable in Montreal. Previous to the institution of the action, the note had become prescribed by our statute, establishing a prescription of *five* years, but it was unaffected by the statute of limitations in Upper Canada, establishing a prescription of *six* years. The Defendant pleaded the Lower Canada Act as a bar. The Plaintiff demurred to the plea, setting up the *lex fori;* but after an elaborate argument, the demurrer was dismissed. The Plaintiff respectfully hopes that the foregoing authorities will be held by this court to establish: Firstly, That this question is one to be decided by Private International Law and that, according to the opinion of the majority of writers on that department, the law of the *lex loci contractus,* or that of the place where the note was made payable, should be applied to the present case. Secondly, That even if the *lex fori* be applied, the allegations in the declaration raise questions of fact, which exempt them from a demurrer; and, Thirdly, Admitting the declaration to be demurrable, that the demurrer should not have been based on the statute of limitations, as it has been, in this case.

The Court, BERTHELOT, J., on the 3rd july, 1866, rendered judgment, maintaining the demurrer and dismissing the

action : " The Court having heard the parties upon the *défense* " *en droit* pleaded by Defendant to the action and demande " of Plaintiff, examined the proceedings of record, and having " on the whole duly deliberated, doth maintain the *défense en* " *droit* and doth dismiss the said action with costs."

The Plaintiff appealed from the judgment of the Court below, and obtained a reversal of judgment.

DRUMMOND, J. : The Plaintiff, apparently foreseeing the exception that might be set up, has stated his case in such a way as to meet that exception. The *défense en droit* filed by Defendant is very irregular, being partly an exception and partly a demurrer. The plaintiff alleges that the law of the place where the note was made or where it was payable, should govern ; and then Defendant says, your action is ill founded, because it is not the law of the place where the note was made or where it was payable, but the law of Lower Canada that applies. I am inclined to think, however, that this demurrer, so far as it goes, is good. There is a difference of opinion on this point ; but we are all of opinion that the demurrer does not meet the whose case. It does not meet the allegation of interruption of prescription by Defendant's absence ; and, therefore, taking whatever view you please of this *défense en droit*, the Court below was in error in dismissing the whole action upon it. The judgment of this Court has been drawn so as to reconcile the slight difference of opinion on the point referred to.

BADGLEY, J. : The declaration sets out Defendant's promissory note dated in 1857, in Michigan, and payable at four months from date, and was met by a *défense en droit*, demurrer, which was sustained by the Superior Court, and the action in consequence dismissed ; the judgment resting on the ground that the *demande* on the face of the declaration was by law obnoxious to our Statutory Limitation for promissory notes. That may or may not be the case, but the limitation cannot be put in issue by a demurrer. The essential constituent of limitation, as of our prescription, is time, and without it both words are mere legal abstractions. This time ingredient is a fact which may be legally avoided by other facts in contradiction or waiver of it, and therefore necessitates a special plea of the limitations relied upon, in order to form a bar to the action ; for the abvious reason, to enable Plaintiff to show in his replication any fact sufficient to avoid the bar. Our own prescriptions required to be pleaded and may not be supplied by the Court, and so in England, the limitation, in like manner, must be pleaded, as shown in the following case, in which " the declaration alleged a promise made at a certain " time, for money lent and after verdict it was moved in ar-

" rest of judgment, that the cause of action did not accrue " within six years before action brought. But the Plaintiff " had judgment: for though the cause of action appeared to " be twenty years before action brought, yet the Plaintiff " shall recover, if the Defendant do not plead the Statute, " which was made for the use of those who would take ad- " vantage of it, but the Court shall not give the Defendant " the advantage of it if he will not plead it." These facts cannot form an issue in law, and the judgment therefore sustaining the *défense en droit* cannot be maintained.

AYLWIN, J.: In one word, the ground of the demurrer is the Statute of Limitations, but the Statute of Limitations could only be pleaded by an exception; therefore, the demurrer is worse than the original declaration.

MONDELET, J.,: concurred in the judgment.

The judgment in appeal, rendered on the 5th march, 1867, (AYLWIN, J., DRUMMOND, J., BADGLEY, J., et MONDELET, J.,) was *motivé* as follows: " Considering that the declaration contains " allegations of fact, entirely irrespective of those upon which " the *défense en droit* is founded, allegations which could not " be disposed of in adjudicating upon said *défense en droit*; " considering that the said *défense en droit* is irregular and " insufficient; considering therefore that, in the judgment " appealed from, there is error, etc., the Court doth reverse " and annul the same, etc."

The parties having, in consequence, been sent back to the Superior Court, evidence was adduced and the case was again finally adjudicated by the Superior Court, on the 28th March 1868, MONDELET, J.

MONDELET, J.: The point now to be determined is whether the case is to be governed by the *lex fori* of Defendant, or by the *lex loci contractus*, and, if not, by the law of the place where the note was made payable. It may as well be observed, at once, that, should it be the *lex fori*, the case is met by the fact that our Limitation Act was not in force at the time the note became due and payable, and besides, applies only to notes payable in Lower Canada. Now as to the questions whether the *lex fori* or the *lex loci contractus* or that of the place where the note was made payable, is to be the rule, this Court is of opinion that it is not the *lex fori*, but that it is the *lex loci contractus*. It is useless to recapitulate here, the numerous opinions and authorities which are to be found on this point; suffice it to say, with Felix (Droit International Privé, Vol. 1, Art. 96, p. 209) that " *Les lois romaines ont déjà consacré le principe que la matière du contrat est réglée par la loi du lieu où il a été passé.* And when the contract is to be executed elsewhere, then it must be governed by the law

of the place of execution, as he says, at page 214, "*ce principe a été emprunté à la loi romaine, 421, de oble. et act. Elle repose sur la circonstance qu'en fixant un lieu pour l'exécution du contrat, les parties sont censées avoir voulu faire tout ce que prescrivent les lois du même lieu.*" It is true, that Merlin (*Quest. de Droit*, vo. *Prescription*) expresses the opinion that the *lex fori* or that of the domicile of the debtor will govern a case like the present, but as he has failed to take into account the circumstances of a debt being due and payable in a particular place, and that he speaks of a debt made payable generally, we have to refer to those writers who have not omitted the distinction between one and the other cause. Boullenois, t. 1, p. 530, t. 2, p. 488 and Pardessus, *Droit Comm.*, No. 1495, clearly draw the distinction and hold that, when the contract is to be executed in a particular place, it is the law of that place which is to govern. Felix cites as holding that opinion, Christin, Burgundus, Mantica and Fabre. On reviewing most of those writers, one finds, especially with Savigny, that the true doctrine is that the prescription of the place of payment must govern and where the place of payment is not specified, then that of the place where the contract was created. We may join *Troplong* with the others, for he says: "*L'action personnelle se prescrit par la loi en vigueur au lieu où doit se faire le paiement.*" True, Pothier is of a different opinion, whereupon Troplong says: "*Pothier est le seul qui soutienne que la prescription est réglée par le cas du domicile du créancier, mais c'est une erreur difficile à comprendre dans un jurisconsulte d'un aussi grand sens.*" (*Prescription*, No. 38). Pardessus, *Droit Comm.*, t. 6, art. 1495, p. 383, is very explicit on that point: "*Ainsi lorsqu'un débiteur oppose la prescription, le droit d'user de ce moyen et la durée de cette prescription seront réglés par le droit du lieu où il a promis de payer.*" The result of the above is that it is immaterial, as to the note in question, whether we are governed by the laws of the place where the contract be made, or by the laws of the place where it is to be executed, inasmuch as in the State of New York as well as in that of Wisconsin the law is the same, and in each and both the operation of the Statute or Law of Limitations is suspended in consequence of the absence or absconding of the debtor. Our Statute, c. 64, C. S. L. C., is the only law in Lower Canada since the 1st August, 1849, and it refers only to notes payable in Lower Canada, and therefore is inapplicable to the present case. As to the decisions in England, it is hardly necessary to remark that they do not bear upon this case. With respect to the art. 2190 of the Canadian Code, it cannot avail the Defendant, inasmuch as the present action was instituted before the com-

ing into force of the Code; and the fact that the article is in brackets shows that it was considered by the Commissioners that the principle it lays down was not the law heretofore. I am, therefore, upon the whole, of opinion, that the note now sued upon is not prescribed and that Plaintiff should recover according to the conclusions of his declaration. The judgment was in the following terms: "The Court, considering that Plaintiff hath proved the material allegations of his declaration and, namely, that Defendant is indebted to him, in the sum of $1773.80, for the causes in his declaration alleged and set forth, to wit, by and in virtue of the promissory note in said declaration described, in principal, interest thereon, and costs of protest, as in and by said declaration set forth, which note was made and signed by Defendant and his brother, Hector Demers, then carrying on business at *Fond-du-Lac*, in the State of Wisconsin, under the name and style of Demers Bros," to wit, Brothers, said note so made and signed, in the city of New-York, on the twelth September, 1857, in favor of the firm of L. O. Wilson and Co., to wit company, at four months after date payable to said firm or order, at the Bank of the North West at *Fond-du-Lac* aforesaid, which note was duly transferred to Plaintiff, who is the legal owner thereof: Considering that Defendant hath failed to prove the material allegations of his *exception péremptoire*, and, namely, that the said note is prescribed and is to be considered and taken as absolutely paid and satisfied, inasmuch as the law applying to this case, is that of the place where said note was made, to wit the law of the State of New-York, as also the law of the State of Wisconsin, where the said note is made payable, and not the *lex fori* or of the domicile of Defendant, who, after having left the State of Wisconsin, was discovered only some time subsequent, to wit, on the nineteenth day of April, 1866, to have come to Lower Canada, and that, in consequence of Defendant's absence from the States of New-York and Wisconsin, at the time of maturity of said note, and non payment thereof, the operation of the laws of limitation, with respect to such note, was suspended, and the said note was not and is not prescribed, either by the laws of the State of New-York or those of the State of Wisconsin: Considering, further, that the Statute of Limitation of Lower Canada, to wit, chapter sixty four (64) of the Consolidated Statutes of Lower Canada, is inapplicable to the present case, inasmuch as it refers to promissory notes due and payable in Lower Canada, and that the present action was instituted rightly against Defendant: this court doth dismiss the *exemption péremptoire* and doth condemn Defendant to pay and satisfy to Plaintiff, the sum of $1773.80, with interest

on the sum of $1120.40, from the twenty-second day of May, 1866, the day of service of the writ and declaration, and costs of suit. The Defendant inscribed in Review and, on the 30th November 1868, the Court of Review, at Montreal, (MONDELET, J., dissenting, MACKAY, J. et TORRANCE, J., reversed the judgment of the Superior Court. Here follow the remarks of the judges and the judgment of that court.

MONDELET, J., dissenting, observed that he had examined the case again, but had seen no reason to alter his opinion. His reason for dissenting were fully set forth in the judgment rendered by him in the Superior Court, *supra* p. 25.

MACKAY, J.: The Plaintiff contends that his case is not to be governed by the *lex fori*; but by the law of New-York or that of Wisconsin. It is proved that in New-York and Wisconsin, absence interrupts prescription in cases like the present. The judgment of Mr. Justice MONDELET has over-ruled the pleas of prescription and has condemned the Defendant as prayed. This Court is now going to reverse that decision. This Court (that is the majority of this Court) thinks the pleas of prescription of five years by force of the 12th Vict. a good enough defence of itself. Objections to it are answered by Story, Confl. of Laws, §580, and note on p. 485 of the second edition. The Plaintiff contends that the 12th Victoria operates only against note due and made payable in Lower Canada; and that it has no force in this case, because the note here is not made payable in Lower Canada. But the expression of the 12th Victoria is not due and " made payable," but due and " payable," i. e., just the equivalent of " due," if nothing more had been said. " Due and payable " involves no more than " due," or " due and exigible ; " so the Court holds. This note might have been sued upon in 1859. Suppose Wilson had sued in 1859, would not his suit have been on a note due and payable in Lower Canada? And it is so now. The Court holds the plea of prescription of six years, under 10 and 11 Victoria, good also and fatal to the Plaintiff's case. " No action shall be maintainable," says that Act, " after six years." The Act make no *atteinte* to *titre*. The contract is good : but action is denied, that is all. This Act is one concerning the *mode* of proceeding, and must govern this case. (Story, Conflict of Laws, §§576, 577 : also p. 530, 1, Boullenois, Ed. of 1766.) The Plaintiff says that 10 and 11 Viet. has been superseded and vacated by 12th Vict., and cannot avail to Defendant, and that 12th Victoria cannot avail to him, because the note sued upon is not made payable here. The Court is against Plaintiff on both points. Both Statutes were pleaded in Fisher and Russell, years ago. It is true that the 10 and 11 Vict. was not allowed to affect that case, but this was because of its having been held not to

be retroactive. Whatever the law of the place of the contract, whatever the law of the place where the note is made payable, the *lex fori* is to control this case. (§581, Story) There is no reason for making an exception of this case from the general rule. Diversities of opinions have prevailed and always will on such subjects. Volumes have been written on the domicile of the debtor, as affecting the remedy, or suit; about his domicile, at the time of the contract, at the time of the suit; on on the place of the contract, the place for payment, &c. The Bar is familiar with the reasonings *pro* and *con*. As many authors are on one side as on the other. The old ones were divided and so are the new. Pothier has been attacked for his opinions by *Troplong*, and lastly *Troplong* by *Marcadé*. A refuge can be found only in the old general rule, that the *lex fori* must prevail in cases of personal action such as the present one.

TORRANCE, J., concurred.

The following was the judgment of the Court: " The Court considering that no suit or action was brought on the promissory note mentioned in Plaintiff's declaration within five years next after the day on which said note became due and payable, and that, in consequence thereof and by law, the said note must be held to be absolutely paid and discharged, and to have been so as contended by Defendant in his first plea of peremptory *exception au fond en droit* and, therefore, that, in the judgment of the 28th day of March, 1868, which has disregarded the first exception pleaded by Defendant, and condemned Defendant to pay Plaintiff the amount of said promissory note with interest and costs, there is error: considering further the grounds of this action, and that it has been brought in respect of commercial matters for recovery of the amount of a promissory note made by Demers Bros. in favor of Plaintiff, dated 12th September, 1857, to wit, the promissory note in Plaintiff's declaration mentioned, and that the present action was not commenced within six years next after the cause of it, and that, by reason of the premises, and, by law, it was and it is not maintainable, and that Defendant has proved and established the plea *autre exception péremptoire en droit* secondly pleaded by him, and that said plea is well founded and ought to have been maintained, and that, in the judgment complained of, of the 28th March 1868, in so far as it has disregarded said plea, there is error: This Court revising said judgment, reverses and annuls the same owing to said errors and, proceeding to render the judgment which the Court below ought to have rendered in the premises, doth maintain said two exceptions of Defendant and doth dismiss Plaintiff's action and demand.

Plaintiff appealed from the judment rendered by the Court of Review.

POPHAM, for the Appellant, argued: 1st. That the question was one to be decided by private international law. 2nd. That by private international law the *lex loci contractus*, or the law of the place where the note was made payable, should be applied. 3rd. That even if the *lex fori* be applied, the questions of fact proved in the case, suspended the pleas of prescription pleaded by Respondent and sanctioned the pretensions of Appellant. On the third point, on which the judgment in appeal principally turned, the Appellant submitted that, granting that the *lex loci contractus* was inapplicable and that a note similar to that in question may, under ordinary circumstances, be prescribed by our Provincial statute, neverthelesss by the law of this country, the facts set up in the declaration, if true, suspend the prescription and give to Appellant a right of action. The ground for this position is supplied by a principle recognized in our law, *contra non valentem agere nulla currit prescriptio.* Pothier, standing as he does almost alone in the advocacy of the *lex fori*, also adopts this maxim and admits that prescription cannot begin to run but from the day the creditor has the power to bring the action. Obl., part III., No. 679 and 680, *Prescription* No., 22. " On " n'est pas " says Le Merle, " recevable à se plaindre ni à se " prévaloir de son propre fait, de sa négligence, de son im- " prudence, à plus forte raison de sa faute, au préjudice " d'autrui." *Fins de non-recevoir*, chap. 7, p. 144. These citations are closely applicable to this case. The Plaintiff's declaration alleges and at *enquête* he has proved the secret and sudden absconding of the Defendant from his domicile about the period of the maturity of the note; that Plaintiff had since made diligent search for him, but without success, until a month previous to the institution of the action, when he for the first time found Defendant in this Province; that, in consequence of this fraud by Defendant, he was unable to institute any action upon the note according to the laws existing in New-York and Wisconsin, and consequently by these laws the statute of limitations was, as regards the note, suspended.

GIROUARD, for Respondent, no less than eight different systems prevail on the continent: 1. The law of domicile of the creditor in all cases supported by Pothier. 2. The law of the domicile of the debtor at the time of the institution of the action in all cases, supported by Huber, John Voët, Pohl, Thol, Bar, Berroyer and Laurière ou Duplessis, Arrêts of the *Parlement de Flandre* (17th July, 1692, and 30th October, 1705,) Bruxelles (24th September, 1814), Merlin, Marcadé, Félix, Arrêts

de Cologne (7th January, 1836, 4th April, 1839, and 4th December, 1840), Cour de Cassation of Berlin (8th October, 1838). 3. The law of the place of the contract in all cases supported by Hert, Mansord, Rocco, Reinhardt, Schaffner; Douai (16th August, 1834); Paris (7th February, 1839, and 18th January, 1840.) 4. The law of the place of the contract, and when a place of payment is specified, the law of that place, supported by Wachter, Koch, Bornemann and Savigny. 5. The law of the domicile of the debtor at the time of the institution of the action and when a place of payment is specified, the law of that place, supported by Christin, Burgundus, Mantica, Casaregis, Favre, Boullenois, Troplong and Massé. 6. The law of the domicile of the debtor at the time of making the contract, and when a place of payment is specified, the law of that place, supported by Pardessus. 7. The law of the domicile of the debtor at the time of the making of the contract in all cases, supported by Dunod. 8. The law of the place where the action is brought in all cases, supported by Paul Voët, Huber, Hommel, Weber, Tittman, Meier, Gluck, Mittermaier, Muhlenbruch, de Linde, and by the English and American decisions. In Scotland, another system, still assented to by Guthrie on Savigny, prevailed in former times, viz., the law of the domicile of the debtor during the whole currency of the term of prescription. The counsel for Respondent concluded as follows: Finally, it may be said that, in the present cause, it is immaterial as to the note in question whether we are governed by the *lex fori*, or by the *lex domicilii debitoris* at the time of the institution of the action, or by the law of the domicile of the debtor during the whole currency of the term of prescription, as the result under each system would be equally fatal to Appellant's action. And so Respondent's case is supported by not only the English, Colonial and American jurisprudence, but also by the majority of the French commentators and decisions and by a large number of the other continental writers. If the Court feel inclined to choose between the said three systems, Respondent contends that the rule of the *lex fori* is the most reasonable and logical, and that it should be declared to be the law of Lower Canada for, amongst other reasons, the following: 1. Because our Statutes of Limitations do not make any exception with regard to foreign promissory notes. 2. Because the said rule in virtually maintained by the old French commentators and *arrêts*, and is further adhered to by many modern French and Continental jurists, the *lex domicilii debitoris* meaning with them the same as the *lex fori*. 3. Because the question is controversy being one, not of local but of international law, should be decided in conformity with jurisprudence of other nations. 4.

Because the rule of the *lex fori* is the law of Ontario, the United States, England and Scotland, and also of other nations. 5. Because our law of prescription in commercial matters, having been copied from that of England, ought to be governed by the English rules. 6. Because this question bears upon the relations of foreigners with British subjects and is, consequently, a question of public law to be governed by the rules of the English jurisprudence. 7. Because our law of prescription, like that of every nation, relates to procedure only. 8. Because the foreign contract is not affected in the least by the plea of limitation, the Respondent remaining still liable to an action in the foreign country. 9. Because a debt declared prescribed still exists *in natura*, and can be good consideration of payment. 10. Because our Statutes of Limitations are to preserve the peace of citizens of this country, and not of foreigners. 11. Because foreigners cannot claim higher or more extensive privileges than those allowed to Canadian inhabitants. 12. Because Appellant neglected to bring his action in due time in this country. 13. Because the parties, when contracting, cannot be supposed to contemplate the Statutes of Limitations of any country. 14. Because if the parties, when contracting, be supposed to have contemplated prescription, they must be presumed to have looked to the limitation of the country where the action would be brought. 15. Because the plea of prescription is a plea belonging to the person of the Defendant, and consequently must be ruled by the law of the place where the Defendant is served with process. 16. Because the fact that the Court cannot of its own motion supply the said plea, demonstrates that it does not relate to the contract or debt of the Plaintiff.

BADGLEY, J.: Two brothers named Demers, of whom Respondent was one, established themselves in business in co-partnership at Fond-du-Lac, in Wisconsin, and purchased goods in New-York from a merchant there, for which they gave their promissory note, dated the 12th September, 1857, for $1,120.47, payable to order at four months after date. At about the time of the maturity of the note, the makers secretly and fraudulently left their place of business and domicile. Until April, 1866, they concealed their whereabouts from their creditor so successfully that, at this last date only, was the domicile of Respondent discovered in Lower Canada, at Beauharnois, where he had established himself in business. Proceedings, by action at law, were then instituted against him for the recovery of the amount of the note, which had been duly protested after non-payment when it fell due, and indorsed by the payee to Appellant. Subsequently to this the co-partnership between the brothers was

dissolved. The Respondent having, among other prescriptions, pleaded our Statutes of Limitations against the suit, the contention turns upon the applicability of the statutory limitations to relieve Respondent from the action against him. In the contention of this case a very elaborate discussion has been raised of what appears to be a plain principle of law. There is no difficulty as to the facts of the case. The business co-partnership of Respondent and his brother, their domicile and place of business in the State of Wisconsin, their purchase of the goods, the consideration of the note at New-York, the making of the note in the State of New-York, their departure from Wisconsin, about the time of the maturity of the note, with their means of paying it, and its timely protest for non-payment, the dissolution of their co-partnership, and the entire ignorance of the creditor of their place of refuge, until his final discovery, in April, 1866, of Respondent's residence at Beauharnois, in Lower Canada, about which time the action was instituted against him. The Respondent demurred to the action by excepting in law, first, the Provincial Statute of Limitations; second, the statutory prescription of five years for promissory notes; and, third, the statutory prescription of six years. After evidence taken in the case, judgment *en première instance* was for Plaintiff, but this was reversed in revision by the Court, which dismissed Plaintiff's action altogether ; and this appeal is from that final judgment. The elaborate discussion of this case by both parties has extended over the legal limitations of the States of Wisconsin and New York; the legal effect of statutes of limitation in general, and their governing principle as derived either from the *lex loci contractus* or the *lex fori*. The former cannot apply beyond its own territory, and the latter can only apply where the law of the *forum* allows the forum applied to to make the application. All such limitations are necessarily matters of procedure, that is, in the use of local Courts for the enforcement and defence of contentious litigation, and it is plain that if the law of a country will not allow its Courts to be used for a particular purpose, after the expiration of a limited period of time, this is a law of procedure which does not reach the merits of the contract. National comity, of course, extends the use of local Courts of justice to suitors generally, but as the mere creatures of local legislation, those Courts are restricted and limited within the conditions of the law of their regulation and permission to act. The foreign suitor, therefore, coming into our Courts does not bring his foreign procedure with his contract; he brings the contract and the proof of it only and is, therefore, necessarily compelled to submit to the procedure which the local legislature

has allowed to be used in its Courts of Justice, and which is provided by it according to the circumstances, and in the manner and time limited by the wants and requirements of the country as declared by its legislative enactments. This foreign creditor having resorted to our Courts, and our procedure, is therefore subject to the restrictions and limitations of our local law, that is, the *lex fori*, technically so called, which, therefore, in that respect, displaces and sets aside the limitation and its incidents of the *lex loci contractus*. It is, therefore, the *lex fori*, in other words, our law of limitations or prescription, which applies to this case, and not that of any foreign country. But this law of limitation or prescription, like all other laws, is subject to what is fair and possible, namely, the subjection of the suitor to its application; but where a foreign debtor so fraudulently acts towards his foreign creditor as to conceal himself in another country foreign to his creditor, he puts it out of that creditor's power to enforce his rights in that country of refuge against his debtor, or to use the procedure of the country to which the debtor has fled, without the creditor's knowledge of his whereabouts. A fair equality must exist between them; if the creditor is to be limited in his recourse, he ought to have the means of enforcing it. If the debtor has the advantage of relief by the local limitation, he must not fraudulently and dishonestly, by his own act, exclude his creditor from the power of enforcing his recourse against him. It was only in April, 1866, that the debtor's domicile was first discovered. It is manifest that our local prescription or limitation could only legally begin to run from the time of that knowledge, and the Respondent's factum seems to admit this, in allowing that the action then would lie. The maxim of our common law overlying our prescription is the means or power of enforcing recourse under the equitable rule, *contra non valentem agere non currit prescriptio*; the disability must be removed to allow of the full effect of the limitation and that disability was removed only in April, 1866, when it was known that the debtor was domiciled in Canada. Making the strictest application of our Statute of Limitations against the foreign creditor, it could only hold him when, by his knowledge of his debtor's domicile in Canada, that became a binding law upon the creditor; up to that time, the fraudulent absconding and evasion of the debtor from the foreign country and his refuge here without his creditor's knowledge, could not cut out the creditor from his right to demand his debt from him and the limitation only began to be operative from April, 1866. The action is brought in that year, which is in good time within the statutory limitations and, therefore, the judgment appeal-

ed from must be reversed, and judgment entered up for the Appellant, with costs of both Courts. It is only necessary to add that the fraudulent absconding from the foreign country and the evasion by the debtor, Respondent, from both the States of Wisconsin and New York, prevented the operation of their Statutes of Limitation against the creditor, and leaves the liability of the Respondent in those States exactly as it was at the time of his withdrawing himself from the operation of their State law.

Duval, C. J.: The pretension of Defendant amounts to this: I committed a fraud. I succeeded in stowing myself away out of the States of the Union. My creditors looked for me everywhere and I must succeed in getting this action dismissed, because I have hid myself for six years. Is it possible that such a rule as this could be laid down in any civilized country in the world? The case, to me, seems so plain that I cannot conceive how there can be any doubt on the subject.

Monk, J., concurred. On the question of law, his Honor seemed to concur with Mr. Justice Mondelet's opinion in the Superior Court, that it was the *lex loci contractus* which must be considered.

Drummond, J., also observed that, in his opinion, it was the *lex loci contractus* which must decide the case; and, therefore, there was no prescription acquired by the Defendant.

Caron, J.: La question est de savoir quelle est la loi à laquelle il faut recourir pour décider la question de prescription, sur laquelle roule toute la difficulté. L'absence du Défendeur et la recherche faite pour le trouver sont prouvées. Aussi la loi de New York et de Wisconsin, par laquelle l'absence suspend la prescription. Si la cause doit être décidée d'après ces lois, le billet n'était pas prescrit lors de l'action, qui a été portée aussitôt que le domicile du Défendeur a été trouvé. C'est là la prétention du Demandeur, Appelant, laquelle a été accueillie par le jugement en première instance du 28 Mars, 1868, renversé par celui de la Cour de Revision, 30 novembre 1868, (Mondelet, McKay et Torrance, JJ.) Mondelet, J., différant. Je pense que le juge Mondelet a bien jugé en disant que c'était d'après la loi du lieu où avait été fait le billet ou bien de celui où il avait été mis payable, que le cause se devait décider; cela étant, d'après la preuve, la prescription n'était pas acquise, et le Défendeur a été bien condamné. L'Intimé, au contraire, prétend que c'est la Cour de Revision qui a bien jugé en décidant que c'était la loi du domicile du Défendeur qui devait être appliquée à l'espèce; que ce domicile, lors de l'action, étant le Bas-Canada, notre loi était contraire aux prétentions du Demandeur; que son action était prescrite lorsqu'elle était portée d'après le Stat. Refondu, chapitre soixante

quatre, et aussi d'après le Stat. 10 et 11 Victoria, ch. 11. Il ne me paraît pas très sûr que le ch. 64, sect. 31, soit applicable à notre cas, puisque cette clause ne paraît regarder que les billets *dus et payables* dans le Bas-Canada. Or celui dont il s'agit n'a jamais été payable dans le Bas-Canada. Quant au Stat. 10 et 11 Victoria, chap. 11, étant antérieur au chap. 64, plus haut cité, il a été mis de côté par ce dernier, en autant que leurs dispositions diffèrent. Dans ce cas, c'est au chap. 64 qu'il faudrait recourir, d'où il résulterait que la partie dudit jugement (Cour de Revison) qui est fondée sur la 10 et 11 Victoria, chap. 11, est incorrecte. Mais en supposant que le chap. 64 soit, dans toutes ses dispositions, applicable à l'espèce et qu'il fût vrai de dire que, dans les cas ordinaires, un billet pareil au nôtre dût être regardé comme prescrit, cependant d'après la preuve, celui-ci ne le serait pas par la raison que le Défendeur, ayant été absent et n'ayant été découvert que peu de temps avant l'action, la prescription n'a pas couru contre le Demandeur, tant qu'il n'a pu connaître le domicile du Défendeur. L'information qu'il est prétendu avoir reçue ne me paraît pas suffisante. Le principe applicable est " *Contra non valentem agere, nulla currit prescriptio.*" En conclusion : 1. C'est la loi du Wisconsin, où a été fait le billet, ou bien celle de New-York, où il était payable, qu'il faut suivre ; or, d'après cette loi, qui est la même dans les deux endroits, la prescription n'a pas couru, au préjudice du Demandeur, tant que le Défendeur s'est tenu caché et que son domicile n'a pas été connu. Le Demandeur était donc à temps po r poursuivre. 2. En supposant que ce soit la loi du domicile, qui est celle du Bas-Canada, le chap. 64 des Stats. Ref. du Bas-Canada, qui est notre règle sur le sujet, ne s'applique pas à l'espèce, vu que le billet n'a jamais été payable dans le Bas-Canada. 3. En admettant que cette interprétation du statut fut incorrecte ; d'après notre droit commun, applicable, l'absence du Défendeur, telle que prouvée a interrompu la prescription et l'a empêché de courir au préjudice du Demandeur. Je renverserais donc le jugement de la Cour de Revision et j'adopterais, en son entier, celui du juge Mondelet.

The judgment is as follows : " The Court, considering that the promissory note, the subject of contention in this cause, bearing date at New-York on the 12th day of September, 1857, was then and there made by the co-partnership firm of Demers & Brother, composed of Respondent and his brother, Hector Demers, then trading in co-partnership at Fond-du-Lac, in the State of Wisconsin, one of the United States of America, and was by the said firm made payable at Fond-du-Lac, at four months after the date thereof, which note was there duly protested for non-payment at the maturity thereof.

Considering that, about the time of the maturing of the said note for payment thereof, Respondent and Hector Demers, co-partners absconded from their domicile at Fond-du-Lac, and abandoned the United States without returning thereto and having domicile therein. Considering, therefore, that the Statutes of Limitation in force in the States of New-York and Wisconsin have no application to the said promissory note and do not bar the legal recourse in the last mentioned States, or either of them, upon de said promissory note. Considering that the domicile of Respondent, since his absconding from Wisconsin and departure from the United States, and after diligent but unsuccessful search therefor, was discovered to be at Beauharnois, in the Province of Québec, only at or about the time of the institution of this action, to wit, in April, 1866. And, considering, therefore, that the statutory prescriptions or limitations of Lower Canada could not apply and could not bar the action and demand of Appellant against Respondent in this behalf. Considering that, in the judgment of the court sitting at Montreal and rendered on the 30th November, 1868, in revision of the judgment rendered by the Superior Court sitting at Montreal and rendered on the 28th day of March, 1868, there is error, doth reverse and set aside the said judgment in revision, and doth, for the causes and reasons above mentioned, affirm and maintain the judgment of the said Superior Court." (10 *J.*, p. 261 ; 11 *J.*, p. 105 ; 12 *J.*, p. 222 ; 13 *J.*, p. 24 ; 14 *J.*, p. 317, et 2 *L. C. L. J.*, p. 251.)

JOHN POPHAM, for Appellant.

D. GIROUARD. for Respondent.

REFUS DE PLAIDER IN FORMA PAUPERIS EN APPEL.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal 3 mars, 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

LEGAULT, Appelante, *et* LEGAULT, Intimé.

Jugé : Que la faculté de plaider *in forma pauperis* ne peut être accordée en Cour d'Appel. (1)

L'Appelante qui, en Cour de première instance, poursuivait une demande en séparation de corps et de biens d'avec son mari, avec saisie-gagerie et arrêt avant jugement, ayant succombée dans sa demande, s'adressa par requête à l'hon Juge

(1) V. art. 31 C. P. C.

Mondelet, exposant les faits de la cause et l'impossibilité pour elle de subvenir aux frais de l'appel, n'ayant la valeur de cinq louis sterling, et demandant d'être autorisée à procéder sur appel *in forma pauperis.* La requête était appuyée d'un affidavit quant à la vérité des faits qui y étaient énoncés. L'honorable Juge Mondelet accorda les conclusions de la requête le 18 mai 1865. Le 3 juin suivant, l'Intimé fit motion que l'ordre donné par son honneur le Juge Mondelet fût revisé et rescindé, " attendu que l'Appelante ne peut être recevable en loi à pour-" suivre un appel *in formâ pauperis,* le record établissant en " outre qu'elle possède des valeurs pour plus de cinq louis " courant." La dernière allégation de cette motion était fondée sur la réception par l'Appelante d'un billet en brevet par devant notaire que lui avait donné un nommé F. X. Legault, comme partie du prix d'une terre, tandis que l'Appelante, dans sa requête, se plaignait, entre autres choses, de ce que l'Intimé par violence et sévices l'avait forcée de lui remettre ce billet.

MONDELET, Juge, *dissentiente:* Croit que le droit de permettre de poursuivre *in forma pauperis* est inhérent à tout tribunal, et qu'il n'est pas nécessaire qu'un statut formel l'attribue à la Cour d'Appel. Il considère que ce serait un déni de justice parce qu'une partie est pauvre de lui refuser le droit d'appeler sans être obligée de payer les officiers de justice, tandis qu'elle pourrait obtenir la revision du jugement dont elle se plaint, si elle avait seulement les quelques piastres nécessaires pour payer ces officiers. Il maintiendrait en conséquence l'ordre donné en faveur de l'Appelante.

AYLWIN, Justice: If the application were now to be allowed there would be no want of appeals *in forma pauperis.* There has never been any order of the kind made in this court for forty years to my certain knowledge, and I do not believe that any precedent can be found in any record in appeal since the conquest. There, indeed, was an attempt made to proceed *in formâ pauperis* in this court, at Québec, shortly after I came to the bar, but it was at once scouted. In the applications of this description in original jurisdiction, the suitor presents his petition, verifying upon oath such facts as shew that he has a right of action, and upon a certificate of counsel to the effect that the applicant has a good cause of action, the order is made. In granting the order the judge does not express any opinion upon the matter in contestation, it is only with the view of bringing a claim to be investigated. The matter would be very different in appeal. In the first place, it would be necessary that so much of the record as is required should be shewn to the judge, and that the counsel should swear to the fact that the abstract of the case is correct, as a foundation of the application. This would be the certificate of a good cause

of appeal and upon that would the order of the judge in appeal authorizing the proceeding *in forma pauperis* be made such an order would import an opinion expressed upon the appeal before the hearing of the other party who would have a right of course to urge that the judgment was right. In the one case, if the two parties were to be heard, there would be a preliminary judgment before trial in the other case there would be a judgment without hearing, and upon an *ex parte* statement the judgment of the Court below would be presumed to be incorrect, whereas such judgment would be in point of law *res judicata pro vera habeatur*. The duties of a judge in appeal would be very much increased if the application were to be allowed and it would result that it would be a proceeding not unlike to the french system *en conciliation* before *la poursuite*. In courts of original jurisdiction the proceeding *in forma pauperis* is simple, in appeal, I believe it to be impossible.

" The court doth set aside the said order with costs against Appellant in favor of Respondent. (Hon. Mr. Justice MONDELET dissenting.) (16 *D. T. B. C.*, p. 163 et 2 *L. C. L. J.*, p. 10).

DOUTRE et DOUTRE, pour l'Appelante.

LAFLAMME, R. & S., pour l'Intimé.

PROCEDURE EN REVISION.

SUPERIOR COURT, IN REVIEW, Montreal, 23 Décembre, 1865.

Before SMITH, BADGLEY and MONK, Justices.

ELLIS, Plaintiff, *vs.* GOULD, Defendant.

Jugé : Que, dans le cas où une partie inscrit pour revision et fait défaut de produire son factum en revision, suivant l'exigence des règles de pratique, et de montrer cause pourquoi l'inscription ne serait pas mise de côté, telle inscription sera rayée et la cause remise au tribunal de première instance.

JUDGMENT IN REVIEW : The Court, having heard the Plaintiff upon his motion, that the inscription of this cause for review of a judgment rendered in this cause on the 23rd day of September last part, in the Circuit Court, in and for the county of Shefford, be discharged, Defendant being called and not appearing to reply, it appearing that Defendant hath failed to file a *factum*, as required by the rules of this court, doth grant the motion, and doth discharge the inscription." (1) (16 *D. T. B. C.*, p. 168.)

PARMALEE, for Plaintiff.

FOSTER, for Defendant.

(1) Extract from rules of practice as to cases in review : 4. The said original and duplicate shall be produced and filed of record in each case on the day on which the case shall be appointed to be heard, and no hearing shall be allowed or had until the said statement, original and duplicate, shall be so filed. Rules 31st Oct., 1864.

INTERDICTION.—CURATELLE.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 3 juin 1862.

Présent : STUART, Juge.

MAROIS, Requérant, *vs.* BILODEAU, Défendeur.

Jugé : Qu'une curatelle ne sera pas mise de côté à la demande d'un beau-frère de l'interdit, qui ne fait apparaître aucun intérêt dans l'affaire, ni qu'il y ait eu fraude pratiquée lors de la nomination du curateur. (1)

Le Requérant, par sa requête, alléguait qu'il était le beau-frère d'Alexis Taillon, qui avait été interdit le 23 juillet, 1849, à l'instance d'Edouard Boutin, et que Xavier Bilodeau avait été nommé curateur de Taillon, sans la participation des parents du Requérant, non plus que des parents paternels et maternels de l'interdit, et que, partant, la curatelle devait être déclarée nulle. Le Défendeur plaida qu'il n'y avait pas eu de fraude pratiquée lors de la nomination du curateur, que les parents avaient été appelés à la nomination et qu'ils avaien-refusé d'y assister ; que le Requérant était pauvre et ne pouvait donner aucune garantie suffisante pour la charge de la curatelle ; que l'Interdit était depuis neuf ans détenu en l'asile des aliénés et qu'il était débiteur d'une forte créance en faveur du Défendeur pour l'obtention de l'acte d'interdiction ; que Marois n'avait aucun intérêt à demander la nullité de la curatelle et la destitution du Défendeur. La preuve établit en substance les faits allégués dans le plaidoyer.

TALBOT, pour le Défendeur cita, à l'appui des prétentions émises dans sa défense, 3 Pothier, p. 200, No. 151 ; Meslé, *des Minorités*, p. 355 ; 9 Guyot, vbo. *Interdit*, p. 450 ; *Beaudet* et *Dunn* et *Sexton* vs. *Boston* (2).

(1) V. art. 339, C. C.

(2) La tutelle est dative et uniquement déférée par le juge et non par les parents et amis, dont l'assemblée ne constitue qu'un moyen d'enquête et dont l'avis ne peut servir que de motif au juge qui n'est pas obligé de nommer la personne désignée dans cet avis. De deux tutelles existant en même temps, celle ayant pour elle l'antériorité du décret du juge est la seule qui, en pareil cas, doit subsister, pourvu qu'elle ait été régulièrement déférée et que l'intérêt du mineur n'exige pas qu'il en soit autrement. Le fait qu'un des plus proches parents du mineur n'aurait pas été appelé à l'assemblée n'entraîne pas, de plein droit, la nullité de la tutelle déférée par le juge, s'il n'en résulte aucun préjudice pour le mineur dont les intérêts, avant tout, doivent être considérés en pareille matière. Le dernier domicile du père décédé étant celui du mineur, la tutelle doit être déférée par le juge de ce domicile. Au cas de deux tutelles dans deux juridictions différentes, le tribunal, appelé à décider de la validité de celle déférée dans sa juridiction, peut et doit également prononcer sur la validité de l'autre, si elle est mise en question. (Beaudet *et* Dunn, C. B. R.,

La cour renvoie le Requérant de sa demande avec dépens. (16 *D. T. B. C.*, p. 169.)

PLAMONDON & GUILBAULT, pour le Requérant.

TALBOT, pour le Défendeur.

APPEL DANS LES MATIERES MUNICIPALES.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 2 mars 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

GROULX, Appelant, *et* LA CORPORATION DE LA PAROISSE SAINT-LAURENT, Intimée.

Jugé : Qu'il n'y a pas appel des jugements rendus par la Cour de Circuit en vertu des dispositions du Stat. Ref. B. C., chap 24, sec. 67, concernant les municipalités et les chemins dans le Bas-Canada. (1)

L'action avait été portée en la Cour de Circuit, pour le district de Montréal, par l'Intimée, contre l'Appelant, pour amendes encourues par lui faute de s'être conformé aux dispositions d'un procès-verbal établissant un chemin de montée, homologué en partie par le conseil du comté Jacques-Cartier, l'Appelant, en sa qualité d'inspecteur des chemins et ponts, pour l'arrondissement, ayant négligé et refusé de faire faire les ouvrages ordonnés pendant 97 jours, et ayant encouru à cet égard une amende de cinq piastres par jour au plus, formant $485, et de deux piastres par jour au moins, formant $194, que l'Intimée néanmoins réduisait à $120. L'Appelant plaida à cette action la nullité du procès-verbal et de l'homologation. Jugement fut rendu contre lui le 25 avril, 1865. BADGLEY, Juge : "The Court, considering that Plaintiffs

Montréal, 12 mars 1855, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., DUVAL, J. et CARON, J., infirmant le jugement de C. S., Montréal, 30 décembre 1853, DAY, J., SMITH, J. et C. MONDELET, J., 2 *R. J. R. Q.*, p. 328.)

Dans une action en reddition de compte intentée par le curateur à une succession vacante contre le détenteur des biens de la succession, le Défendeur qui n'a aucun intérêt ne peut exciper de la nomination du curateur qu'elle est irrégulière et illégale, parce que la personne à qui les biens appartenaient serait décédée dans l'Etat de New-York, l'un des États-Unis d'Amérique, et que, n'y ayant pas de succession vacante dans ce pays, la succession se trouve échoir aux héritiers ; que le Demandeur a été, sans nécessité et sans avis, nommé curateur sur la requête d'un individu ni parent, ni créancier, ni intéressé dans la succession, et d'après l'avis de personnes ni parentes, ni créancières, ni intéressées dans ladite succession. (*Sexton* vs. *Boston*, C. S., Montréal, 31 octobre 1856, SMITH, J., MONDELET. J., et CHABOT, J., 5 R. J. R. Q., p. 62.)

(1) V. art. 1115 C. P. C.

have established the material allegations of their declaration and that Defendant, in his capacity of inspector of roads and bridges for Plaintiffs, did, for the period of time in the declaration mentioned, refuse and neglect to execute and perform the duties required of him, as such inspector, as alleged in said declaration, and has in consequence become subject to the penalty imposed by law, doth condemn Defendant to pay and satisfy to Plaintiffs, for the causes aforesaid, the sum of one hundred and twenty dollars, as such penalty to which Plaintiffs' demand hath been reduced, with interest thereon from this date and costs of suit."

DRUMMOND, Juge : L'objet du statut des municipalités a été d'écarter tous les obstacles qui pouvaient s'opposer aux travaux nécessaires pour les besoins des municipalités, dont elle leur donnait le contrôle entier, et pour l'exécution de ces travaux et pour en faciliter l'exécution, elle donnait aux petites juridictions locales le droit de prendre connaissance des poursuites nécessaires, en assujettissant les sentences rendues par ces tribunaux à la revision par appel à la Cour de Circuit. C'est le seul cas où il y ait appel. La loi, en permettant de porter également les actions devant la Cour de Circuit directement n'a pas pourvu au moyen d'appeler des jugements qu'elle peut rendre en première instance, et la section 67 du statut des municipalités qui donne le recours en appel des petites juridictions n'établit pas d'autre tribunal d'appel que la Cour de Circuit, qui ne peut reviser ses propres jugements. Cette Cour ne peut donc prendre connaissance de la cause et le jugement de la Cour de Circuit est final et en dernier ressort, et la requête en appel présentée à cette Cour doit être renvoyée.

"La Cour, vu que le jugement dont on a interjeté appel a été rendu par la Cour de Circuit, en vertu des dispositions de l'Acte des municipalités du Bas-Canada de 1860, qui enlève à cette Cour toute juridiction à l'égard de tout jugement prononcé par ladite Cour de Circuit, en vertu dudit acte : La Cour, accordant la motion de l'Intimée, renvoie, déboute et met au néant ledit appel avec dépens contre l'Appelant. (16 *D. T. B. C.*, p. 170 ; 2 *L. C. L. J.*, p. 11, et 10 *J.*, p. 74.)

MOREAU, OUIMET et CHAPLEAU, pour l'Appelant.

GIROUARD, pour l'Intimée.

ACTION FOR VERBAL SLANDER.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE,

Montreal, 18th June, 1867.

Present : DUVAL, C. J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., and MONDELET, J.

POITEVIN, Plff. in the Court below, Appellant, *and* MORGAN, Dft. in the Court below, Respondent.

Held : 1. That in action for verbal slander of this nature, the slanderous words themselves are not to be chiefly considered, but the motive and intention of the utterer and the occasion of their utterance.

2. That the truth of the imputation is not the issue, but the rightfulness of the occasion and the integrity of the motive, *bonâ fide*, of its utterance.

3. That, if words were spoken *bonâ fide*, is for the Court, if *bonâ fides* existed, is for the Jury, and should be so submitted.

4. That answers of slander to inquire in the interests of the slandered, are privileged communications and in this case, the answers should have been withdrawn from Jury.

5. That communications made in pursuance of some duty, legal or moral, by the alleged slanderer, or with fair and reasonable purpose of protecting his interests, are privileged and beyond the legal implication of malice.

6. That implied malice cannot co-exist with privileged communication and, to support action, affirmative actual malice must be proved and found.

7. That malice in law is not simply ill will, but means a wrongful act done intentionally, with some other than a lawful object, and to gratify passions of slander.

8. That, in this case, the occasion justified the utterance as privileged communication, which could only be overcome by proof of express malice.

The judgment in the Superior Court was rendered by BADGLEY, J., on the 28th of February, 1866. Here follow the remarks made by BADGLEY, J., in rendering judgment :

BADGLEY, J. : The declaration alleges Plaintiff's probity and honesty in his profession as a merchant's clerk, by which he supported himself and family, and obtained general esteem and confidence, whereby he acquired considerable profits in his position, to the great advantage of himself and family. The slander is charged as on the 12th of November, 1864, in a conversation held by Defendant respecting Plaintiff, heard and understood by several persons, and was as follows : " I " took him in the fact ; it is not the first time he robs me in " this way ; he robs me since he is in my employ and that " was the same when he was at Walker's ; he robbed him like " mischief ; it is not the first time, it was not known before, " but now all is discovered, I have all the proofs in my hand,

" and himself did not deny it. I think I shall have him " arrested," and also the following words, " It is a sore thing, " what? that man, that Poitevin, to cheat me in that way, " sending parcels of goods to stores at different places, and " getting them in the evening to sell; after this I trust no- " body; after this don't be surprised if I do dirty things to " the clerks." These are the words in the declaration,as therein translated from the french, in which language the imputation is set forth. The declaration also alleges, that Defendant made the same imputations against Plaintiff, before and after that day, without cause and from malice; that the publication had prevented his obtaining employment and wages for his support; that Defendant had that day discharged Plaintiff from his service, since when he had remained without employment and that Plaintiff had suffered in his honour and property to the amount of $10,000 of damages, The Defendant pleaded specially, that Plaintiff, on the said day, was the hired servant and clerk of himself and his brother, who were trading together as Henry Morgan & Co., and as such clerk bound to perform his duty faithfully and honestly; that, with the intention to cheat them, his employers, Plaintiff was in the habit of appropriating their goods to himself; that, upon that day, Defendant having heard unfavourable reports against Plaintiff, detected him in a gross attempt to defraud his employers, and that having intimated to him that the matter should be investigated, Plaintiff then and there openly admitted his guilt, and entreated his employers' consideration on account of his wife and family, and not to expose his conduct, which would ruin him and them; thereby leading Defendant to believe him guilty; that Defendant's words were occasioned by Plaintiff's conduct, and that, thereupon, Defendant told him that the matter would be considered by himself and his brother, but that Plaintiff should not remain in their service, and, further, that during Plaintiff's service with Morgan & Co., he had transgressed the rules of their establishment and thereby greatly injured them. A plea of general denegation followed, which concluded as follows: " That any words used by Defendant were occasioned by Plaintiff's conduct and were privileged." The case was submitted to a jury upon the following articulation of fact, to which the respective findings are appended. 1st. " Did Defendant speak words " charged, or any of them, and repeat them in presence of " several persons in relation to Plaintiff, and which, and when, " and where? Yes. 2nd. Did Plaintiff's conduct during his " service with Defendant and his brother, authorize or justify " Defendant's expressions against Plaintiff as alleged in the " declaration? Not justified by evidence. 3rd. At the time

" when defamatory words where so spoken of Plaintiff, were " his general character and reputation known as good ? Yes. " 4th. Has Plaintiff suffered and to what amount ? $300." It is difficult to find more unsatisfactory findings than the two first ; manifestly the first is not an answer to the categorical inquiry contained in the first articulation, and the finding to the second articulation, necessarily intended as a consequence of the first one, scarcely conveys a definite meaning. But apart from this, what was the evidence adduced at the trial ? The report has been taken in a very unsatisfactory manner and is far from being either perspicuous or clear ; but the following may be gathered from it. That Plaintiff, on the day named, and for some time previously, had been a clerk in the employ of H. Morgan & Co., who employed 40 or 50 like clerks in their service, who all were bound to observe certain rules for their conduct, with which Plaintiff was familiar, in the sale and delivery of goods at the establishment ; amongst these especially, were the immediate entry of unpaid goods and the placing of delivery parcels in a particular box, appropriated for them, whence the express carrier took them daily for delivery. The unpaid sales were to be noted with the initials of the selling clerk, and after verification of calculations by another clerk, the goods were to be parcelled and deposited in the parlicular box for delivery. That, on the morning of that day, Defendant heard from one of his clerk, a witness in the case, reports unfavourable to Plaintiff, to the effect that he was in the habit of sending parcels of goods out of the store to one Grinton's, in Notre-Dame Street, in this city, where he took them up himself in the evening and that he had done the same at Walker's, his previous employer. That, on that morning, Plaintiff having made up a parcel of goods, placed it under the counter, without having entered it, or noted or initialed it, and as the express carrier was taking away the last regularly deposited parcel Plaintiff drew out his parcel from beneath the counter and himself proceeded to give it for delivery to the carrier. That, thereupon Defendant inquired for whom it was intended, and whether it had been entered or charged, and was told by Plaintiff that it was for one Desrochers, and that it had not been entered or charged. That it was only after this that Plaintiff noted the sale, whereupon Defendant, to test the correctness of the transaction, sent another clerk, Grier, to Desrochers with a bill of parcels, to ask for payment. The purchaser who was the brother-in-law of Plaintiff, and boarded with him at Plaintiff's residence, had not been in the store to order the goods. Grier proved that Desrochers seemed to be unaware of the purchase, and surprised, refused the payment

until, as he said, after the delivery of the goods, saying also that the matter was between him and Plaintiff, and that he would pay the latter. That Grier reported these circumstances to Defendant, but nothing further occurred until after Plaintiff's return from his dinner, after one o'clock, when he immediately warmly demanded of Grier why he had been so prompt in asking payment from Desrochers. Whilst discussing the affair with Grier, Defendant came to that part of the store, and after making inquiry into the cause of the discussion, he then and there, in reply to Plaintiff's inquiry of him " why he had sent to Desrochers to get his account collected be- " fore the delivery of the goods," told Plaintiff that he had heard unfavourable reports against him, that he had been robbing him, and had done so before, and that he had done the same at Walker's almost in the same words reported by Plaintiff himself in his evidence as a witness for Defendant : that Plaintiff could no longer remain in their service, and that Defendant would investigate the matter. That Plaintiff did not at the time deny the imputations, and followed Defendant upstairs to the office, where, upon his remonstrating with Defendant about his being discharged at that time, Defendant, in the presence of the book-keeper, repeated to Plaintiff, what he had stated to him in the store, as aboved reported ; that Plaintiff again did not deny the imputations, but begged Defendant not to expose him on account of the disgrace which would fall upon himself and family, and that Plaintiff was immediately discharged from their service. That the circumstances formed the subject of conversation amongst the clerks in the store, and that soon after Plaintiff's discharge and departure, that same afternoon, upon Defendant's coming into the store where several of the clerks were talking over the event, he addressed those present, and said : " it is a sore thing that his clerks " should cheat them, the firm, so ; that Poitevin had stolen " some of their goods, sending them to some place and calling " for them himself afterwards ; " and in reply to the inquiry of Dandurand, one of the clerks and a witness of Plaintiff, who asked Defendant whether Plaintiff had been discharged, and whether he had robbed them, whether Defendant knew that Plaintiff had so acted, Defendant repeated the words above reported, and added " that Plaintiff had done so, and " had done the same at Walker's, and that he had acknow- " ledged it all." After this Defendant also said, speaking to his clerk, " that he could not be able to trust any of them, and " that they must not be surprised if he did some dirty things to " them." That no other person was present there at the time, except one individual, who was in a distant part of the store and quite unable to hear what Defendant had said. This seems

to be all that was said upon the occasion. Amongst the witnesses for Plaintiff whose testimony went to the jury, was Rodier, his friend, to whom he had communicated the fact of his dismissal and who in his interest called twice upon Defendant, expostulated with him on both occasions, and endeavoured to prevail upon him to take back Plaintiff into his service. Upon both occasions he asked of Defendant the cause for Plaintiff's dismissal, and enquired if Plaintiff had robbed him, to which Plaintiff replied, that he had robbed and deceived them, that it was not the first time he had done so, that he had played the same trick at Walker's. The Defendant, he said, also spoke of the parcels sent to Grinton's, &c. At the first interview, no third person was present ; at the second, about a fortnight after the first, Defendant's partner was present with the bookeeper. Before closing this reference to the testimony, it is proper to add, that Plaintiff himself was examined as a witness by Defendant and has not altered the facts as above proved in evidence. The Plaintiff availed himself of the opportunity of appearing as a witness to produce in evidence his written certificate of discharge from Walker's employment, in which he is stated to have been industrious and steady, and he added, that subsequently, he requested Walker to add the word "*honest*" to his certificate, which W. declined, simply, as Plaintiff says, upon the ground, that "steady" conveyed the idea of "honest." Unfortunately for Plaintiff's veracity, Walker himself, a witness before the jury, explained matters differently and swore that he refused to add the word *honest*, because *he did not believe him to be honest* ; and Merrill, also a witness in the case, and likewise a former employer of Plaintiff, who also had discharged him from his employ, also proves that he too had a similar opinion of Plaintiff's dishonesty. Now the declaration having charged the slander as spoken by Defendant *in a conversation in the presence of several persons, who heard and understood his words*, it was essential, in justice to both parties, to refer to the testimony adduced, for the purpose of fixing the time and occasion and also the form of the slander ; and from the evidence adduced, it is manifest, that it rests solely upon the so-called conversation which occurred in Defendant's store, when he spoke to the clerks then present, almost immediately after Plaintiff's discharge and departure from the service. The question does not and cannot rest upon the communications made to Rodier, which were in their nature privileged, and made by Defendant to him as Plaintiff's friend and in his interest, and in reply to Rodier's inquiries with reference to Plaintiff's discharge and the cause of it ; and Plaintiff's counsel at the argument of the cause before me, frankly admitted

that the evidence of Rodier was privileged and not relied upon. The action thus resting only upon this conversation between the employer and his clerks and servants, there being no evidence that Defendant, at any other time or place, spoke in *any way* of Plaintiff, the question is, not whether the verbal imputations were true or false, but whether the occasion justified Defendant ; and for that effect, the unfavourable reports conveyed to him respecting the Plaintiff during his service with Morgan & Co., and previously with Walker, his wilful breach of the rules of his employers' establishment, his concealment of the parcel and its more than suspicious character, his entreaties to Defendant for his non-exposure, declaring it would be his ruin and disgrace, the nature of the extensive business carried on by his employers, their numerous clerks employed in similar services with Plaintiff, the time and place where the conversation took place, and the subsisting relation between the persons, employer and servants, by and to whom the words were spoken and addressed, are all circumstances which must be taken and considered together as the *res gestae* to form that occasion. It is not the mere words themselves which are to be chiefly and only considered in actions of this nature, but the motive and intention with which they are uttered, and the occasion of their utterance, because the malice of Defendant either implied or expressed is the basis and constitutes the necessary ingredient in such actions. Defences in actions of slander are either, 1st, a justification which consists in showing the entire truth of the charge, and this must always be specially pleaded. (1) Or 2nd, such circumstances as take away malice from the utterance by showing a just occasion and an authorized motive for the speaking. This latter may be shown under the general issue, or it may likewise be specially pleaded, by shewing that the speaking was on a lawful occasion and made under the belief of its truth, and without malice, or at least honestly and *bona fide*. This kind of defence is founded upon the consideration, that the business of society could not be conducted without the liberty of speaking in the honest pursuit of its lawful purposes, and that it would be contrary to common convenience to fetter mankind in their ordinary communications and beset them with apprehensions of vexatious litigation and actions of slander: but it has nothing to do with the truth of the charges, but only with the rightfulness of the occasion

(1) *Lillie* vs. *Price*, 5 Ad. and El., 645 ; *O'Brien* vs. *Clement*, 15 M. and W., 435, 437 ; *Woodword* vs. *Sander*, 6 Car., p. 548, 549 ; *Smith* vs. *Thompson*, 2 Bing., N. C., 372, 381 ; *Hastings* vs. *Lorck*, 22 Wend., 410, 416.

and the integrity of the motive of their utterance. (1) Upon these points the jurisprudence of this province has necessarily followed the English practice as in all respects the most fitting and convenient. The defence rests, upon the second bar, and upon the question of the privileged nature of the communication made by Defendant to his clerks. Upon this point, it is necessary to repeat that malice is a necessary ingredient in slander and the declaration usually charges the utterance to have been malicious ; yet it need not necessarily do so, because the law itself, *prima facie,* implies malice in the utterer of defamatory words to the injury of another. But the word *malice* must be understood in its legal signification and is thus defined by BAYLEY, J., in *Bromage* vs. *Prosser,* 4 B. and C., 247, and which has since been constantly accepted by courts and judges. " Malice in common acceptation means ill-will against a person, but, in its legal sense, it means a wrongful act done intentionally without just cause or excuse." By the French author Grellet-Dumazeau, *Tr. de la diffamation,* No. 147, it is styled *une intention de nuire* which is made coextensive with *délit, un fait de conscience* explained, with a good deal of verbosity, to be *l'esprit de dénigrement, de malice, de méchanceté, le désir de satisfaire une mauvaise passion, un ressentiment.* The English and French definitions plainly concur. Malice being so, every utterrance having the other qualities of slander, if it be wilful and unauthorized is therefore malicious. (2) Now any defence which shows a rightful occasion and an authorized motive, of course removes the legal presumption of malice and matters thus protected are *styled* privileged communications. This is a very old rule of law in such cases ; evidence of such matters are familiar to our jurisprudence where they are recognized as privileged communications. The old French text writers have furnished little assistance upon this subject of privileged communications, nor has the modern law done much to remedy the deficiency. In modern France it will be found, that the publicity given to the *diffamation* constitutes the *délit,* which character is removed from it, if the *diffamation* be made in a *place non publique ; de même,* says Grellet, p. 118, " *et à plus* " *forte raison on ne saurait donner ce caractère au cabinet* " *d'un avocat, à l'étude d'un avoué, au cabinet d'un médecin,* " *à la boutique d'un artisan, au magasin d'un négociant,* " *bien que le négociant, l'artisan, &c., &c., se trouvent à raison*

(1) *Somerville* vs. *Hawkins,* 10 C. B. ; 1 Scott R., p 583 ; *McDougall* vs. *Claridge,* 1 Camp., 267 ; *Howard* vs. *Thompson,* 21 Wend., 320-4.

(2) *Bromage* vs. *Prosser, Cockayne* vs. *Hodgson,* 5 car. sp., 543 ; *Chalmers* vs. *Baynes,* Q. C. M. B., 156 ; *Brown* vs. *Croome,* 2 Stark., 297, 301.

"*de leur profession en communication continuelle avec le* "*public.*" The French jurisprudence rests the privilege upon the place where the words are spoken, the English, upon the person to whom they are spoken, the principle at the root of both systems plainly being, that communications of this sort were not meant to go beyond those immediately interested in them at the time. Now the operation of such evidence is, that the shewing of a privileged occasion, *prima facie*, removes the quality of malice and puts upon the Plaintiff the necessity of proving express or actual malice, which, if proved, would necessarily make the defence to fail entirely. (1) In *Wright* vs. *Woodgate*, 2 C. and M. R., Parke, B., says, "the proper "meaning of a privileged communication is only this, that the "occasion on which the communication was made rebuts the "inference *prima facie* arising from a statement prejudicial "in the character of the Plaintiff, and puts it upon him to "prove that there was malice in fact, that Defendant was "actuated by motives of personal ill-will, independant of the "occasion on which the communication was made." This proof of express malice appears to consist in all cases, in shewing *mala fides* in Defendant, that is, that the occasion was used colorably as a pretext for wantonly injuring the Plaintiff, *ex gra.*, if Defendant under colour and pretence of confidential communications destroy Plaintiff's character and injure his credit, or if a master *officiously* state trivial instances of a servant's misconduct, in order to prevent him getting a sound character from a former master, and then himself give him a bad character, the truth of which he is not able to prove; and other similar cases which it would be tedious to mention: and this is so, because the general rule applicable to such cases renders every one bound for an *intentional injury done by him to another.* This was well put in a recent case: "In questions of malice you cannot dissect a man's mind to see what he thinks; besides, malice does not mean actual ill-will, but that the words were spoken with some other object than a lawful one. If, therefore, there is evidence that a man spoke words not with a view of *justifying himself*, but of gratifying his passions, that is evidence from which a jury may find malice, but you must have some affirmative evidence," per Bramwell, J. This express malice being matter of fact and motive is, upon sufficient evidence, a question for the jury, to be submitted to them specially by the judge, and must be found by them, because, where a case of privileged communication is made out, *prima facie* it will amount to a defence unless actual malice is found;

(1) *Child* vs. *Affleck*, 9 Barn and C., 403; *Wright* vs. *Woodgate*, *Warr* vs. *Jolly*, 6 Comp., 497.

hence, therefore, the jury must find express malice to take away the privilege from the communication. (1) Properly, the question, whether the occasion is such as to rebut the inference of malice, if the words were spoken *bona fide*, is one of law for the court; and whether *bona fides* existed is one of fact for the jury. In *Coxhead* vs. *Richards*, 2 Com. B. R., p. 589, per Cresswell J., "is not the rule this? If the publication is "*bona fide*, whether the occasion is such as to rebut the "inference of malice, is a question of law for the judge; whe-"ther the *bona fides* existed is a fact for the jury? Such is "the rule:" and per Coltman, J., "it is generally and rightly "held that the question whether a communication is privi-"leged or not is of law for the judge; but in considering "whether the communication is privileged or not, the condi-"tion necessary to make it privileged must be assumed, "namely the occasion of making it, in other words, whether "there was any duty, public or private, legal or moral, calling "on Defendant to make the communication." The privilege which a communication receives must result either from some right on the part of Defendant to say what is complained of, as in the case of *Hearne* vs. *Stowell*, 12 A. and E., 719-26, or some duty, public or private, legal or moral, under which the Defendant is acting. (2) In *Toogood* vs. *Spyring*, 1 C. M. and R., 181, 194, it was held, per Parke, B., "in general, action lies "for malicious publication of statements false in fact, and "injurious to the character of another, within well known "limits as to verbal slander; and the law considers such "publication as malicious, unless fairly made by a person in "the discharge of some public or private duty, whether legal "or moral, or in the conduct of his own affairs, in matters "where his interest is concerned. In such case the occasion "prevents the interference of malice which the law draws "from unauthorized communication, and affords a qualified "defence depending upon the absence of actual malice. If "*fairly* warranted by any reasonable occasion of exigency "and honestly made, such communications are protected for "the common convenience and welfare of society and the law "has not restricted the right to make them within narrow "limits." The judge then refers to cases of character given of discharged servants and proceeds, "If made with honesty of "purpose to one who has an interest in the inquiry, and that "has been liberally construed, in *Child* vs. *Affleck, sup.* p. 50, the "simple fact that there have been some casual bystanders,

(1) *Coward* vs. *Wellington*, 7 Car., p. 536; *Hastings* vs. *Luck*, 22 Wend., 410, 421.

(2) *Corkayne* vs. *Hodgson*, 5 Car., p. 543; *War* vs. *Jolly*, 6 Car., 497.

" cannot alter the nature of the transaction. The business of " life could not be well carried on if such restraints were im- " posed upon similar communications, and if on every occasion " in which they were made, they were not protected. In this " class of communications is, no doubt, comprehended the right " of a master *bona fide* to charge his servant for any supposed " misconduct in his service and to give him admonition and " blame, and that done in presence of another person does by " no means of necessity take away the protection." So by Lord Denman, in *Tuson* vs. *Evans*, 12 Ad. and El. and, in *Padmore* vs. *Lawrence*, 11 Ad. and El., 380. When a communication of this kind is made out, the question for submission to the jury will be, whether Defendant has acted *bona fide*, intending honestly to exercise a right, or discharge a duty, or whether he has acted maliciously with intention to injure the Plaintiff. See *Pattison* vs. *Jones*, 8 Barn. and Cr., 578. Now, amidst the variety of cases reported of privileged communications are verbal answers to inquiries respecting the person complained of or discharged from service, made to persons in his interest, or to those where a communication is required by the interest of the person to whom it is made, and is reasonably called for or warranted by the relation in which the person making it stands to the other; and still more, when the matter concerns the common interests of both; in such cases the matter is privileged. Amongst these cases is the common one of a letter written or a statement made *bona fide* with belief of its truth as to the character of a servant by his former master to an inquirer about it. Grellet-Dumazeau holds the same doctrine in France, p. 155. " *Lorsque les renseignements sont demandés spontanément, l'ancien maître* " *remplit un véritable devoir en faisant connaître avec exac-* " *titude la conduite et les habitudes d'une personne qu'il est* " *question de recevoir au sein du foyer domestique et dans ce* " *cas la révélation des faits de la vie privée est autorisée de* " *la manière la plus absolue, et la gravité des intérêts qui la* " *légitiment suffit pour écarter toute présomption de l'inten-* " *tion de nuire ; si donc le domestique prétend que cette in-* " *tention existe, c'est à lui de l'établir et les magistrats sont* " *juges de la valeur de ses preuves.*" Again, where the communication is made in the honest pursuit of the person's own interests, or in necessary self defence, such as a person who has been robbed, has a right, upon reasonable suspicion, to tax the suspected person with the theft, even though third persons were present ; and, if not done maliciously, an action will not lie, and this is so by the French law also, Grellet, No. 247. But, according to those cases in which the communication is protected, when made by a person in the conduct

of his own affairs, in matters in which his interest was concerned, as in *Toogood* vs. *Spyring*, *supra* p. 51, or where the communication was made by a person immediately concerned in interest on the subject matter to which it relates, for the purpose of protecting his own interest, in the full belief that the communication is true, as in *Blackburn* vs. *Pugh*, 2 Com. B., 611, or where the relative position is such that one has a right to expect confidential information and advice from the other, it may be a moral duty to answer such inquiries and give such information and advice; and the statements then made will be rendered lawful by the occasion, although defamatory of another person, as in *Dunman* vs. *Bigg*, Campb., 269; *Todd* vs *Hawkins*, 8, cap. 88, and others; or where made by a person in the discharge of a public or private duty, legal or moral, or in the conduct of his own affairs, as in *Toogood* vs. *Spyring* above cited; *Somerville* vs. *Hawkins*, 10 C. B. In this last case, the Defendant called up and cautioned two of his shopmen against having any communication with Plaintiff, who had been previously discharged by him on suspicion of theft, the Defendant saying, " I have discharged that man for " robbing me; do not speak to him or I shall think you as bad " as him." The communication here was held privileged, and per Maule, J., rendering judgment: " This comprehends all " communications made *bona fide* in performance of a duty, " or with a fair and reasonable purpose of protecting the " interest of the party using the words. In this case, *suppos-* " *ing the Defendant himself to believe the charge, supposition* " *always to be made when the question is whether a commu-* " *nication is privileged or not*, it was his duty and also his " interest to prevent his servants from associating with Plain- " tiff, a supposed thief." So in *Taylor* vs. *Hawkins*, 15 Jur., 746, 16 Q. B., 308, where the Plaintiff, a shopman of the Defendant, in one instance only was discovered to have embezzled money, he was sent for by Defendant and in presence of another person, charged with the embezzlement and discharged. He was afterwards refused an engagement by one to whom his former master explained the reasons for discharging him, and upon his brother calling on Defendant and inquiring why Defendant had given such a character as prevented his being engaged, Defendant answered, " He has robbed me, I believe " he has robbed me for years, I can prove it from circumstan- " ces under which he has been discharged by me." This was held to be privileged on account of the *occasion*, and that Defendant did no more than what a prudent and honourable man ought to have done; the words were spoken not at a distance of time from dismissal, the excess of statement was not malicious, the Defendant being bound to tell the whole of

the reasons in his mind with truth. In this case, Plaintiff has moved for judgment upon the verdict whilst Defendant has made two motions, first, for judgment to be entered up for him *non obstante veredicto,* by reason of that conversation being privileged and that no proof of express malice was made; and, secondly, for new trial upon grounds stated in the motion. Without adverting to the evidence as to Plaintiff's general character, and the destructive rebutting evidence consequent upon his own attempt to establish his probity and honesty by Walker's certificate, it may be observed that the conversation alleged in the declaration at which the charges complained of were made, carries with it a privileged character, having occurred at the time of Plaintiff's discharge from his employers' service, and in their store where the other clerks were employed in similar service. It applied to one of their fellow-servants and was caused by his employer's belief in Plaintiff's misconduct in the same service: it was spoken in the interest of the employer in respect of the honest and faithful duty of the clerks to their employers in business, in which it was the clerks' honest duty to protect their employers from loss; it was so spoken in the moral duty of the employer to his servants, to explain to them the misconduct of their fellow-servant, and to inform them of the full grounds for his discharge, to prevent similar misconduct on their part, and as a warning and caution to them given by him in his concluding words: and it was spoken in reply to the inquiries of one of the clerks as to the facts; the communication being so privileged, rendered it imperative upon the Plaintiff to support his action by proof of malice in fact by the Defendant, which was not done by him. The record shews that exception was taken as certified by the presiding judge to so much of his charge as was to the effect, 1° "that privileged communications can only be where "the charge imputed in or by it has foundation and is true;" and 2° "that what Defendant talked in the hearing of Dan-"durand and others present together in Defendant's store of "and concerning Plaintiff was not privileged communication "or confidential." Now these two points of exception to the charge are in themselves fully supported by law and the authorities above referred to and are good grounds for a new trial; and, therefore, under the circumstances of this case, as it appears in evidence, and with the points of exception taken as above, supported by legal authority, Plaintiff's motion for judgment in the verdict cannot be granted; Defendant's motion to enter up judgment for him *non obstante veredicto* might not absolutely be objectionable in law, but the legal propriety of its adoption, in this case, is questionable. The motion of Defendant for a new trial will therefore be granted,

the considerations for which abound in this record. Amongst them are, the privileged nature of the conversation upon which Plaintiff relies, the privileged nature of the communications to Rodier, whose testimony should have been withdrawn from the jury, the want of proof of express malice, the necessity for which should have been explained judicially to the jury, the ridiculously comprehensive finding of the jury upon the first articulation submitted to them, where in reply to the categorical question, "Did the Defendant speak the words charged or any of them, and repeat them in presence of several persons in relation to the Plaintiff, and which and when, and where?" which is answered, *yes*. For these and others which might be mentioned, amongst which are the points of exception above taken to the charge, Defendant's motion for a new trial will be granted and a *venire de novo* awarded.

Appeal from that judgment was brought to the Court of Queen's Bench.

DUVAL, C.-J., said there were some cases of which the less said the better. It was difficult to understand why Plaintiff should have thought proper to bring his case before that court. The judgment ordering a new trial must be confirmed.

MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, justices, concurred. (10 *J.*, p. 93; 1 *L. C. L. J.*, p. 120, et 3 *L. C. L. J.*, p. 93.)

CHAPLEAU and RAINVILLE, for Appellant.

JOHN MONK, for Respondent.

SCHOOL COMMISSIONERS.

SUPERIOR COURT, DISTRICT OF IBERVILLE,
St. Johns, November, 1865.

Coram SICOTTE, J.

THE SCHOOL COMMISSIONERS OF SAINT-BERNARD-DE-LACOLLE *vs.* BOWMAN.

C. S. L. C., cap. 15, sec. 55, is in the following terms: "When in any "municipality, the regulations and arrangements, made by the School "Commissioners for the conduct of any school, are not agreeable to "any number whatever of the inhabitants professing a religious faith "different from that of the majority of the inhabitants of such munici-"pality, the inhabitants so dissentient may collectively signify such "dissent, in writing, to the chairman of the Commissioner, and give in "the names of three trustees, chosen by them for the purposes of this "Act."

Held : That a payer of school rates in a school municipality in Lower Canada, though not resident therein, is an "*inhabitant*" of such municipality within the meaning and application of the section above recited.

SICOTTE, J. Le caractère libéral de notre législation, en matière religieuse, dans tous les temps, est un fait qu'on ne peut disputer. Par sa permanence, il a produit entre les races et les religions diverses qui existent sur notre sol, la confiance, un esprit mutuel de respect, de bienveillance et de charité. Chaque fois qu'il s'agit d'appliquer une loi qui touche à la liberté religieuse, ce passé si constant, si universel dans ses tendances, constitue une chose importante dans la discussion. On n'a pas raison de soupçonner l'élément catholique d'avoir rétrogradé. Tout le monde comprend que l'instruction de la jeunesse est la cause la plus énergique, le dissolvant le plus actif, le moyen le plus puissant pour influencer les idées religieuses, comme les tendances et les habitudes de toute la vie. De là, les justes susceptibilités, les réclamations bien fondées de chaque croyance, d'avoir la direction morale et religieuse de l'enseignement de ses croyants. Notre législation laisse chaque dénomination libre dans son enseignement, dégagée de tout autre contrôle que celui de la loi générale et consacre, dans l'ordre civil et politique, l'égalité des cultes et la liberté de conscience. L'égalité des croyances devant la loi et le droit absolu de chaque citoyen au libre exercice de son culte et de sa religion étant admis, il faut bien reconnaître que la direction de l'enseignement est un corollaire essentiel et une conséquence logique de ces règles du droit naturel. Avec une loi basée sur ces principes, faite dans le but évident et avoué de leur donner un effet efficace et complet, on ne peut refuser d'admettre que les moyens de donner cet enseignement doivent être subordonnés aux principes de la loi. Il est juste dans cet examen de tenir de suite compte à la cause, des déclarations aussi libérales que vraies, faites à l'audience par l'Honorable Avocat de la défense. " Nul doute," disait M. Laberge, " que l'intention du législateur, était de vouloir permettre à tous et à chacun d'employer sa contribution scolaire suivant et d'après ses opinions religieuses." En effet, que le contribuable soit résident ou non, sa croyance est toujours la même, comme son désir de la protéger reste toujours fondé sur les mêmes raisons. Ce que la loi voulait, c'était de prévenir toute cause d'irritation, de faire vivre toutes les clas[illegible]ns cette sécurité qui assure la paix religieuse, de ne donner aucune prise à l'agitation des fanatiques ou des opprimés. Le législateur avait compris que si personne ne veut être opprimé, il est malheureusement trop vrai que chacun veut être oppresseur. Avec une sagesse qu'on ne peut trop louer, le législateur voulait ne donner aucune occasion à l'intolérance religieuse de s'abriter derrière l'intolérance municipale ou civile. Ce serait une étrange anomalie qu'une loi aboutissant à deux résultats opposés quant à la même personne, et qui protégerait l'individu

dans la plus haute expression de sa liberté, non à raison d'un principe, mais à raison d'un fait accidentel, tel que sa résidence, et que les immunités qu'elle confère ne dépasseraient pas le seuil du patrimoine qu'il foule, ce serait une anomalie encore plus étrange qu'un ordre de chose, consacrant le principe de la plus extrême liberté dans l'enseignement et dans les croyances, produirait dans les faits extérieurs des actes d'intolérance et d'oppression. Il est indubitable que la loi consacre, sans déguisement, sans obscurité, et d'une manière aussi positive que claire, le droit du protestant comme du catholique, de contrôler l'emploi des fonds nécessaires au maintien des écoles communes et de diriger par ce contrôle l'enseignement de leurs enfants. C'est un statut personnel, au-dessus par son principe des subtilités comme des vicissitudes du sens des mots et qui ne doit pas être limité à un lieu seulement. La volonté du dissident est la mesure de l'exercice de son droit, c'est une franchise qui doit suivre sa contribution, comme sa personne, *in omni loco :* autrement elle serait impuissante et illusoire. Le principe de la loi, quant à la dessidence, réside dans la diversité des religions et non dans celle des lieux. Suivant les paroles de Boullenois, sur une matière analogue : *habilis vel inhabilis in loco domicilii est habilis vel inhabilis in omni loco.* D'où peut donc venir la difficulté, le doute dans l'application de la loi? On prétend que la loi s'est exprimée d'une manière tellement formelle, dans le cas de la non-résidence, que le juge n'a pas à distinguer quand la loi ne distingue pas et qu'il n'a plus à chercher une interprétation d'après le but, ou l'intention du législateur, ou d'après les principes, quand la loi contient un ordre positif et une disposition formelle. Je ne discuterai pas ce qui est si bien compris, que le pouvoir judiciaire ne doit pas s'immiscer dans la législation. Mais peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après un texte précis sur le fait en litige. C'est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit, qu'il faut prononcer sur la plupart des contestations. Si la science du législateur consiste à trouver les principes les plus favorables au bien commun, la science du juge est de mettre ces principes en action, de les étendre par une application sage et raisonnée aux circonstances ; le rôle du juge est d'être aussi libéral et plus tolérant que la loi ; son devoir, de ne jamais placer l'intolérance civile à la remorque des fanatismes. Il appartient principalement aux juges de montrer l'exemple de la plus grande déférence pour les sentences et les opinions prononcées par les tribunaux, et c'est à raison de ce respect pour un jugement, auquel je ne puis acquiescer, que j'ai cru devoir entrer dans un examen plus étendu de la question, en étudiant la loi, sous ses différents aspects, en la décomposant avec impartialité,

pour en comprendre la nature, le but, l'ensemble, et constater par ce travail son application à la cause. Ce qu'il importe de fixer, c'est la sécurité de chaque habitant, en mettant fin à ces situations fâcheuses par leur équivoque, qui donnent presque droit à toutes les ignorances, à tous les fanatismes, de proclamer leurs exigences, en s'appuyant sur la loi interprétée et appliquée au point de vue égoïste de chaque intérêt local, variant par le fait accidentel de majorités catholiques ou protestantes. Voici la disposition qu'on invoque pour faire le Défendeur déchu du droit de dissidence qu'il réclame et qu'on lui refuse parce qu'il ne réside pas dans la municipalité des Demandeurs. " Si dans quelque municipalité que ce soit, les règlements et arrangements des commissaires d'écoles ne conviennent pas à un nombre quelconque d'habitants, professant une croyance religieuse différente de celle de la majorité des habitants de telle municipalité, lesdits habitants dissidents collectivement pourront signifier leur dissentement par écrit au président desdits commissaires et lui soumettre les noms de trois syndics choisis par eux pour les fins de cet acte." Ce texte est-il tellement précis, tellement clair que la lecture seule fasse comprendre qu'on a voulu exclure de l'avantage et du droit de la dissidence les propriétaires non résidents ? Pour juger cette question de langage et de signification, il suffirait peut-être de rapporter les deux jugements contradictoires qu'on a cités et la loi déclaratoire présentée par le Gouvernement en 1863, avec l'assentiment du département de l'éducation. L'opposition faite à cette interprétation, sur tous les points, et qui s'est manifestée dans des contestations judiciaires, parle contre une telle clarté et contre cette précision. Quand la disposition d'une loi paraît contraire à son but, à son ensemble, à l'esprit général de la législation, aux tendances de la société comme à ses habitudes, on ne doit pas l'admettre dans un sens hostile à l'objet de la loi et aux opinions de tous, à moins que l'intention du législateur ne soit evidente par l'expression qu'il a employée, à moins que cet ordre ne soit formel et ne laisse plus au juge que le devoir d'appliquer la loi. Il n'y a certainement pas telle précision, telle expression, tel ordre, dans la disposition sur laquelle la demande s'appuie. L'expression, les habitants, ou *the inhabitants*, ne comporte pas en langage parlementaire, légal ou vulgaire, le sens absolu et nécessaire de la résidence. Elle est presque toujours employée pour désigner les propriétaires. Dans les statuts anglais et dans les commentaires, elle signifie le contribuable. Les paroles de la loi des pauvres sont : " Overseers shall raise by taxation, of every inhabitant, and of every occupier of lands, houses in the parish." Burns, dans ses commentaires, dit : " The taxation ought to be made upon the inhabitants

and occupiers of lands within the parish, according to the visible estates and possessions they have within the parish." Blackstone, traitant le même sujet, s'exprime ainsi : " The overseers are empowered to make and levy rates upon the several inhabitants." Le statut réglant l'entretien des chemins est dans ces termes : " An assessment upon all the inhabitants, owners and occupiers of lands rateable to the poor, shall be made." Dans ces deux circonstances la taxe est imposée sur les personnes possédant des biens assujettis à la contribution, qu'elles résident ou non sur les biens. Cependant le statut désigne le corps des contribuables par l'appellation " the inhabitants." Burns nous apprend comment on interprétait ces mots. " Abundance of orders have been quashed, for not setting forth that the persons (who by the statute must reside in the parish) were substantial householders, and describing them only as principal inhabitants and substantial householders without adding in the parish." C'est assurément bien déclarer que pour ces juges, les mots " The inhabitants or householders " n'impliquaient pas essentiellement la résidence. Phillips, dans son excellent ouvrage sur la preuve, parlant du changement opéré par l'acte de Lord Denman, s'exprime ainsi : " Rated inhabitants were before that Act incompetent witnesses." Cette incompétence atteignait tous les contribuables, " the rated inhabitants," qu'ils fussent domiciliés ou non sur la paroisse. Ainsi dans le langage parlementaire de l'Angleterre, les mots " the inhabitants " signifient un propriétaire taillable, " a rateable and a rated inhabitant," sans égard à la résidence. L'édit de 1679 qui régla pour le Bas-Canada l'obligation des paroissiens relativement aux constructions des églises, ordonne qu'elles soient bâties aux dépens des habitants. Il a été rendu maintes ordonnances et maints jugements depuis 1791, dans lesquels les propriétaires, dans la paroisse, résidents ou non, sont condamnés à contribuer pour la construction des églises et sont appelés " les habitants." Dans la loi municipale de 1841, les électeurs sont désignés dans le texte anglais, " the inhabitant householder " qu'on a traduit, les habitants tenant feu et lieu. Le statut de 1845 qui reforma les conseils de district par les municipalités de paroisse, désignant les électeurs les indique ainsi, " lesdits habitants étant des habitants tenant feu et lieu." Dans le Haut-Canada, le statut donne le droit de vote, lors de la première élection d'une municipalité, " to every resident male inhabitant of sufficient property," et aux élections subséquentes, " to every male freeholder," porté sur le rôle de cotisation. Il serait inutile de citer plus de textes pour établir que les mots, les habitants, *the inhabitants*, n'ont pas dans notre langue Parlementaire, un sens absolue de résidence, au-

trement le législateur n'aurait jamais parlé comme on vient de le voir; lesdits habitants étant des habitants tenant feu et lieu. Ces mots indiquent l'universalité des intéressés constituant la municipalité pour et par ces propriétaires. On ne compte dans la communauté qu'à raison de sa valeur taxable. Le rôle de cotisation est le seul livre légal dans lequel vous pouvez lire et apprendre les noms des habitants. Dans les meilleurs ouvrages l'on se sert indifféremment des termes, les habitants ou les propriétaires, pour qualifier et désigner les intéressés, à raison de l'héritage qu'ils possèdent. Denizart nous enseigne, que " lorsque les habitants d'une paroisse sont en cause pour des droits réels, ils comprennent les propriétaires des biens situés sur la paroisse, de manière que quoique ces propriétaires demeurent ailleurs, ils sont dans cette occasion, censés faire partie du nombre des habitants." Curasson, dans son traité des actions possessoires, s'exprime comme suit: " les habitants ont droit de jouir de tous les avantages et commodités que procure la vie," et de suite, réfutant Pardessus, il ajoute : " ce dernier convient que le propriétaire doit être indemnisé, si par le fait municipal, des habitants ne peuvent pas jouir de leurs aisances." Dans un jugement qu'il cite, accordant une indemnité pour un changement dans l'assiette de la vie on trouve un motif dans les termes suivants : " attendu que l'on ne peut mettre au nombre des charges que chaque habitant doit supporter, le dommage qu'un citoyen éprouve dans sa propriété." Voilà pour le sens parlementaire et légal. Le dictionnaire dit, *riche habitant*, comme le peuple, *un bon habitant*, pour indiquer un propriétaire riche, un cultivateur à l'aise, sans réserve de résidence spéciale. Mais le statut même sur la matière a donné l'interprétation, le sens que ces mots doivent emporter. La clause 34 ordonne qu'il y aura une assemblée des propriétaires de terre et habitants tenant feu et lieu, *landholders and householders*, pour choisir des Commissaires. Pour être électeur, il faut être propriétaire dans la municipalité. La résidence n'est pas nécessaire comme dans les élections municipales pour donner le droit de vote; elle n'est pas requise non plus pour le vote politique; et c'est sans doute à raison de l'universalité de l'intérêt qui s'attache à l'instruction publique qu'on a placé les deux franchises sur le même pied. Le propriétaire quoiqu'il ne réside pas, fait donc partie du corps municipal auquel appartiennent l'administration des intérêts scolaires. Il est déclaré par la loi même, faire partie du nombre des habitants. Il a droit d'avis, d'action dans l'organisation du conseil exécutif de la communauté. De là, découlent ses immunités qui sont celles de tous les autres contribuables: il ne peut faire partie du corps politique, et cependant ne posséder que le droit de payer, c'est à raison de sa contribution qu'il fait partie de la commu-

nauté ; et c'est le moins, qu'il possède, comme le résident, le droit de surveiller son emploi et sa destination. Ce n'est plus droit local, partiel, exclusif mais droit public, général, intéressant toute la société au même degré. Quand il s'agit d'améliorations matérielles purement locales, on peut avec raison réclamer l'emploi de cette contribution, de la manière que la majorité croit le plus avantageux ; car alors le propriétaire non résident participe à cet avantage. Mais on ne peut raisonner ainsi quand il s'agit de la conscience et des choses du domaine moral et religieux, il n'y a plus de confusion d'une chose appartenant à tous et à chacun ; rien ne se règle et ne se détermine par le principe des majorités : au point de vue religieux, chacun s'appartient exclusivement. Autrement c'est la liberté d'enseignement et de croire, à la condition de n'enseigner et de ne croire que ce qui tombe dans les opinions de la majorité. On semble avoir perdu de vue dans ces divergences d'opinions plus ou moins égoïstes, l'examen de ce que le parlement voulait régler par la disposition dont il s'agit. Pour permettre l'existence d'une corporation de dissidents dans une municipalité, il faut qu'il y ait dans la municipalité même un nombre quelconque d'habitants, pour organiser et faire fonctionner la corporation. Mais une fois ce corps constitué, la loi ne distingue plus, elle déclare que le conseil de ces dissidents aura seul le pouvoir d'asseoir et de prélever l'impôt scolaire sur les habitants dissidents. C'est la croyance seule qui limite et désigne ceux qui appartiennent à chaque corporation. En effet, il n'y a de logique et d'impartial que la séparation des majorités et des minorités, sur la simple demande de ces dernières. Avant de résumer cette discussion, je crois devoir dire que s'il y a quelques personnes qui ne partagent pas les opinions qui viennent d'être énoncées, elles ne peuvent nier toutefois, que le langage de la loi, quant aux conditions du droit de dissidence, est au moins susceptible de l'interprétation que j'en ai donnée. Cela admis, on retombe dans le domaine de la science du droit. Les règles générales que la sagesse des hommes éclairés de tous les temps nous ont enseignées pour expliquer les lois doivent être étudiées pour guider l'opinion des juges comme le remarque Dwarris : The duty of the Judges, in the interpretation of the letter of the law, if difficulties occur, is to look to the spirit and object, and to be guided by rules and examples. Quelques-unes de ces règles ont déjà été développées, et il suffira de les rappeler et de faire l'application de quelques autres. It is not the words of the law, disait l'ancien Plowden, but the internal sense of it that makes the law. The letter of the law is the body, the sense and reason of the law is the soul. Il est digne de remarque que notre législateur sur la matière transcrivait ces paroles presque littéralement, en

déclarant, " que généralement tous mots, expressions et dispositions, doivent recevoir une interprétation aussi libérale, aussi large et avantageuse qu'il faudra, pour atteindre sûrement l'objet de l'acte, et en mettre en force les différentes dispositions, selon son vrai sens, esprit et intention. Dans l'espèce, l'intention du législateur n'est pas douteuse, elle est même admise dans le sens favorable à la dissidence du non résident. Et voici, comme le judicieux Dwarris résume l'enseignement et la jurisprudence en Angleterre. " The real intention, when collected with certainty, will always in statutes prevail over the literal sense of the terms. A thing which is within the object, spirit and meaning of a statute is as much within the statute as if it were within the letter." La dissidence du catholique ou du protestant non résident is within the object, spirit and meaning of the statute. Un jurisconsulte dont l'opinion doit avoir dans toute discussion légale le plus grand poids, mais principalement dans l'étude des règles à suivre pour l'interprétation des lois, le sage Domat enseignait que c'est par l'esprit et l'intention des lois qu'il faut les entendre et en faire l'application. " Pour bien juger du sens d'une loi, on doit, dit-il, considérer quel est son motif, quels sont les inconvénients où elle pourvoit, l'utilité qui en peut naître. D'où il s'en suit, que s'il arrive que quelques termes de la loi, ou quelques expressions d'une loi, paraissent avoir un sens différent de celui qui est d'ailleurs évidemment marqué par la teneur de la loi entière, il faut s'arrêter au vrai sens et rejeter l'autre qui paraît dans les termes et qui se trouve contraire à l'intention." Avec la liberté des cultes et leur égalité devant la loi, le droit de la minorité est aussi absolu que celui de la majorité. Le vrai sens de la loi doit être une protection égale de ces deux droits; il faut rejeter l'autre sens qui peut paraître dans les termes, et qui mettant l'un à la merci de l'autre, est contraire à l'intention de la loi. Il manquerait une observation importante sur cette partie du sujet, si on ne rappelait ce qui a été souvent exposé par les magistrats les plus éminents de la France et de l'Angleterre. Quand il s'agit de mettre de côté des principes d'éternelle justice, ou d'éluder des règles fondamentales, il faut que l'ordre comme l'intention du législateur soient exprimés, avec une clarté irrésistible, pour induire les tribunaux à supposer le dessein d'effectuer un tel résultat. L'organisation actuelle fut décrétée pour garantir les catholiques comme les protestants de la crainte et de la possibilité de voir leurs contributions employées à propager des doctrines qui leur répugneraient. La loi détruirait la loi, si elle pouvait, par son application dans une circonstance quelconque, détruire cette garantie. On ne peut invoquer pour soutenir les prétentions de la demande, les raisons d'inconvénients; car leur système

ne remédie à rien, ne peut que nuire à l'enseignement public, et fait naître partout par sa politique provocatrice le mal que le législateur voulait prévenir. Il doit être juste, en Canada comme en Angleterre, de dire avec le Baron Parke : " we must always construe an Act, so as to suppress the mischief and advance the remedy, according to the true intents of the makers of the law." L'examen que j'ai fait de la question me semble démontrer à l'évidence que le droit du contribuable de suivre l'emploi de sa contribution à l'enseignement public, est le corrollaire de son droit à l'exercice de sa religion et de son culte ; que la loi examinée dans son but, dans son ensemble et dans ses détails, a consacré ce principe si juste et si nécessaire à la paix, dans un monde où les races s'abritent sous leurs contrastes et les religions se protègent par leurs différences. Il semble également démontré que l'interprétation strictement légale du texte de la loi, d'après le sens parlementaire et d'après le sens légal et usuel, ne peut comporter et admettre une exception à ce droit, qui découle de notre constitution civile et politique, comme de la loi naturelle.

JUGEMENT : " Considérant que la loi sur les écoles communes conserve le droit des minorités dissidentes en matière religieuse, d'avec la majorité des habitants dans toute municipalité scolaire, de contester l'application de leurs contributions, à raison de leur dissidence : Considérant que ce droit est fondé sur la différence des religions, et non sur la diversité des lieux, et que c'est un droit personnel qui doit couvrir le contribuable *in omni loco :* Considérant qu'il est constant que l'intention du législateur était de permettre à tout habitant du Bas-Canada de protéger ses croyances religieuses contre un enseignement public qui lui répugnerait ; et qu'il serait contraire à cette intention, comme à l'esprit et à la lettre de la loi, d'en faire une application, qui dans aucune circonstance pourrait détruire cette garantie : Considérant que les termes de la loi qui déterminent le droit de dissidence doivent évidemment comprendre tous les contribuables, sans condition et réserve de résidence : Considérant qu'il est admis par les déclarations faites à l'audience que, dans la municipalité des Demandeurs, il y a une corporation de dissidents, et que le Défendeur est un des contribuables comme propriétaire dans la municipalité, quoiqu'il n'y soit pas résident : Considérant qu'il est également admis que le Défendeur appartient par sa croyance religieuse à la minorité dissidente et qu'il a fait connaître sa dissidence aux Demandeurs, et réclamé le droit de payer ses taxes scolaires aux syndics des dissidents : Considérant qu'à raison de ces faits, les syndics des dissidents ont seuls le droit de réclamer du Défendeur le paiement de sa contribution scolaire : Considérant que par le fait de la dissidence du Défendeur et de

l'existence d'une corporation de dissidents dans la municipalité, les Demandeurs n'ont aucune réclamation pour les fins scolaires contre le Défendeur et que ce dernier ne leur doit pas de taxes scolaires : La Cour déclare les Demandeurs non-recevables dans leur demande et les en déboute avec dépens. (16 *D. T. B. C.*, p. 204 et 10 *J.*, p. 103.)

HUNGERFORD, for Plaintiffs.

LABERGE, Q. C., for Defendant.

HYPOTHEQUE DE LA COURONNE.—ENREGISTREMENT.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 19 mars 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

VENNER, Appelant, *et* LE SOLLICITEUR-GÉNÉRAL, *pro* REGINA, Intimé.

Jugé : 1o. Que d'après les dispositions de la 9e Vic., cap. 62, sec. 18, la Reine a une hypothèque sur les biens de la caution d'un emprunteur de sommes sur le fonds réservé pour prêt aux incendiés de 1845, et qu'il n'était pas nécessaire que cette hypothèque eût été enregistrée.

2o. Que cette hypothèque quoique non enregistrée prime toutes celles enregistrées subséquemment à la date de tel prêt.

La cause dans laquelle a originé cette contestation avait été portée, dans la Cour de Circuit de Québec, par dame Julia Smith contre Philippe Marcoux. Sur cette poursuite, un bref de *fieri facias* émana contre les immeubles du Défendeur qui furent vendus. Une opposition à fin de conserver fut produite par la Reine, réclamant une balance due sur un prêt fait à un nommé Michel Girard, aux termes des statuts du Bas-Canada, 9 Vic., chap. 62, et 10 et 11 Vic., chap. 35. Cette opposition alléguait que Michel Girard avait consenti, pour le prêt en question, une obligation notariée en date du 2 mai, 1848, qu'il avait droit d'obtenir ce prêt aux termes des statuts susdits, que le Défendeur, Philippe Marcoux, propriétaire de l'immeuble vendu par décret, avait comparu à l'acte comme caution solidaire de l'emprunteur, et qu'il avait hypothéqué spécialement pour sûreté de son cautionnement l'immeuble en question. L'acte d'obligation contenant ce cautionnement n'avait pas été enregistré. Sa Majesté la Reine ayant été colloquée par le projet de distribution pour la balance de sa créance en vertu de l'hypothèque constituée par la caution, l'Appelant, créancier subséquent, mais dont l'hypothèque avait été enregistrée, contesta l'ordre et prétendit que le défaut

d'enregistrement de l'hypothèque devait donner priorité à la sienne, qui avait été dûment enregistrée. La Cour inférieure, par jugement rendu le 9 octobre, 1865, déclara cette prétention mal fondée en loi et débouta la contestation de l'Appelant. Ce jugement était la matière de l'appel.

FOURNIER, pour l'Appelant : Le certificat du registrateur ne fait mention d'aucune hypothèque en faveur de la Couronne. L'Appelant maintient donc que la dispense de la nécessité de l'enregistrement ne peut s'étendre aux termes de la 18e clause du chap. 62 de la 9e Vic., qu'aux hypothèques consenties par les emprunteurs au fonds des incendiés de Québec. Cette disposition, contraire à notre ordonnance d'enregistrement, qui oblige Sa Majesté aussi bien que ses sujets à enregistrer ses titres de créances, doit être interprétée d'une manière rigoureuse et la Cour ne peut donner aux termes de cette disposition plus d'extension qu'elle n'en comporte. Il était toujours facile pour un créancier de constater si la propriété sur laquelle il désirait prendre une hypothèque était une de celles détruites par l'incendie de 1845, mais comment, sans enregistrement, pouvait-on connaître les cautions que les commissaires du prêt auraient pu exiger. Les mots *droits, privilèges et hypothèques ci-dessus mentionnés* ne peuvent donc que se rattacher et s'appliquer aux droits, privilèges et hypothèques consentis par l'incendié. Les dispositions de tout le chapitre déjà cité ne parlent que de cela et, si la Couronne voulait exiger des cautions, elle devait prendre l'inscription sur leurs biens. L'hypothèque s'étend par le statut sur tous les biens de l'emprunteur. Il n'y a pas besoin de spécialité, ainsi si l'on donnait à la disposition, dispensant de la nécessité de l'enregistrement, l'interprétation que lui a donné la Cour Inférieure, on pourrait également dire que l'hypothèque s'étend sur tous les biens de la caution sans nécessité de désigner spécialement aucun immeuble.

Le procureur de l'Intimé prétendit que la loi étant explicite, il fallait lui donner son entière application.

DUVAL, Juge-en-Chef : La loi dit en termes formels que l'enregistrement ne sera pas nécessaire pour assurer la validité de l'hypothèque consentie par les emprunteurs du fonds de prêt en question, il devient donc nécessaire de l'appliquer quelles qu'en soient les conséquences. La Cour est de plus d'opinion que cette disposition de la loi, sur laquelle la cause est fondée, s'applique aussi bien à la caution de l'emprunteur qu'à l'emprunteur lui-même. La Cour confirme donc le jugement rendu en Cour Inférieure, rejetant la contestation de l'Opposant Venner. (16 *D. T. B. C.* p. 216, et 1 *L. C. L. J.*, p. 97.)

FOURNIER et GLEASON, pour l'Appelant.

CASAULT, LANGLOIS et ANGERS, pour l'Intimé.

REVISION DEVANT TOUS JUGES.

COUR SUPÉRIEURE, EN REVISION, Montréal, 28 Février 1866.

Coram BADGLEY, J., BERTHELOT, J., MONK, J. A.

GUÉVREMONT *vs.* PLANTE.

Jugé : **1o. Qu'il n'y a pas lieu à revision d'un jugement rendu par la Cour de Circuit sur appel d'une conviction par un juge de Paix en vertu de l'acte d'agriculture. 2o. Que les causes sujettes à revision sont celles qui sont sujettes à appel devant la Cour du Banc de la Reine. (1)**

Une action pénale avait été intentée par le Demandeur contre le Défendeur, devant un magistrat du district de Richelieu, en vertu de l'acte d'agriculture. Le Défendeur, ayant été condamné à l'amende, interjeta appel de la décision devant la Cour de Circuit pour le district de Richelieu conformément aux dispositions de l'acte 24 Vic., ch. 30 ; et cette décision fut confirmée par la Cour de Circuit pour le district de Richelieu, le 25 Novembre 1865. Le Défendeur inscrivit cette cause pour revision devant trois juges à Montréal. Le Défendeur fit motion le 23 Février 1866, que la demande en revision et l'inscription soit renvoyée. Parce que le Demandeur en revision n'avait pas droit de demander la revision du jugement rendu par la Cour de Circuit de Richelieu, vu que ce jugement est un jugement en appel et dont il ne peut y avoir revision devant cette Cour.

PER CURIAM : An inscription has been made to revise a judgment of the Circuit Court for the district of Richelieu, affirming a conviction made by a Justice of the peace, under the Agricultural Act, ch. 26 Con. St. L. C. A motion has been put in, as preliminary to any proceeding, by which the inscription is moved to be rejected on the ground that this Court has no power to revise the judgment of the Circuit Court. The Agricultural Act amended, 24 Vic., ch. 30, has provided for an appeal from any judgment rendered in virtue of the Agricultural Act, but it has provided for nothing further. This Court, sitting as a Court of Review, cannot revise judgments in cases that are not appealable to the Court of Queen's Bench, appeal side. The motion to reject the inscription must be granted, and the record ordered to be remitted according to law.

(1) V. art. 494 C. P. C.

The Judgment is as follows : " La Cour Supérieure, siégeant à Montréal, présentement en Cour de Revision, a accordé ladite motion, et, en conséquence, a renvoyé et renvoie l'inscription avec dépens contre ledit Alexis Plante. (10 *J.*, p. 110, et 1 *L. C. L. J.*, p. 115.)

GAUTHIER, attorney for Plante.

GERMAIN, attorney for Guévremont.

EXAMINATION OF THE WIFE IN A MATTER CONCERNING HER HUSBAND.

SUPERIOR COURT, IN INSOLVENCY,
Montreal, 31st October, 1865.

Coram BADGLEY, J.

In the matter of JOHN FERON, an Insolvent, *and* JOHN WHYTE, Assignee, *and* JOHN WHYTE, Petitioner.

Held : Notwithstanding sec. 10 of Insolvent Act of 1864, sub-sec. 4, which authorizes the examination of any person upon oath respecting the estate of the insolvent, the wife of an insolvent cannot legally be examined concerning his estate. (1)

On the 18th of September, 1865, on petition by the assignee, an order was given by His Honour Mr. Justice MONK, for the examination of Margaret J. Darragh, the wife of the insolvent, touching certain real estate leased by the insolvent, which he averred to belong to his wife, having been given to her by her father. A subpœna having been issued and served upon Margaret J. Darrah, she appeared on the 5th of October last and deposed : " I am the wife of the insolvent. I decline to be examined touching his estate and effects, on the ground that, being his wife, I am not liable to be so examined." The assignee then applied to His Honour Mr. Justice BADGLEY, in chambers, to compel the witness to submit herself to such examination. This application was rejected.

BADGLEY, J. In the case of this insolvent, the assignee petitioned for the examination of the insolvent's wife under the Act, when it was objected that she could not be examined, there being no law which authorized the examination of a wife respecting her husband's affairs. The case was submitted upon the deposition. It was the opinion of the Court that she could not be examined. The clause giving authority to examine " persons " respecting the estate of the insolvent, was copied from 6 Geo. IV, but, in the English Act, special authority was

(1) V. art. 1231 C. C. et 252 C. P. C.

given to the commissioner to examine the wife. In this country, strange to say, a similar clause was in the bill, but it was struck out in committee and formed no part of the Act as it now existed. There was a reason for this. Public policy did not allow domestic incidents to be brought before a Court of Justice. The ordinary statute law said specially that the wife shall not be a witness for or against her husband. Looking, therefore, at the policy of the law, and the fact of the special clause having been struck out, the Court could not grant the application. Application refused. (10 *J.*, p. 111, et 1 *L. C. L. J.*, p. 99.)

PERKINS & STEPHENS, for assignee.

LEASE.—CLAUSE PROHIBITING SUBLETTING.—ACQUIESCENCE.—EXCEPTION OF GUARANTEE.

COURT OF QUEEN'S BENCH, IN APPEAL,

Montreal, 8th September, 1866.

Present: AYLWIN, J., DRUMMOND, J., MONDELET, J., et JOHNSON, J. *ad hoc.*

OWLER *et al.*, Defendants in the Court below, Appellants, *and* Dame HENRIETTE MOREAU *et vir*, Plaintiffs in the Court below, Respondents.

The Plaintiffs' auteur leased certain premises with a clause in the lease that the premises should not be sublet without his consent in writing. The lessee did sublet the premises and lessor's agent collected the rent from the subtenants for more than a year without making any objection to the sublease. The heirs of the lessor subsequently sold the property to Plaintiff and assigned to her their right to have the lease set aside, but without guarantee. The assignee having brought an action to resiliate the lease:

Held: That the lessor, by receiving the rents from the subtenants for more than the period of one year, tacitly sanctioned and acquiesced in the subletting and abandoned his right to oust the lessee; that the lessor, therefore, could not confer upon the assignee any right to oust the lessee; that, to any action arising out of a violation of the lease subsequent to the assignment, the exception of guarantee could be opposed by the lessee and, as the assignment was stipulated to be without any guarantee, the assignee was bound in law in the same way as his authors were bound.

This was an appeal from the judgment of the Superior Court sitting as a Court of Review, at Montreal, on the 30th of April, 1866, reversing a judgment of the Superior Court rendered by SMITH, J., on the 14th April, 1866. The action was brought under the lessors and lessee's act to eject the Appellant, William Owler, in consequence of his having sublet the premises leased, contrary to a written clause in the lease,

without having first obtained the lessor's consent in writing. The judgment rendered by SMITH, J., in the Superior Court, dismissed the action on the ground that the subletting had been tacitly sanctioned by the lessor. The facts of the case sufficiently appear from the following note of the judgment in review (BADGLEY, J., BERTHELOT, J., and SMITH, J.)

SMITH, J.: This is an action of ejectment. In october, 1862, a lease was entered into by George Desbarats with the Defendant, Owler, of certain premises at the corner of St. Gabriel and St. Thérèse streets known as the Odd Fellows' Hall, including the basement, for the term of five years. In this lease there was a stipulation that Owler should not transfer his interest in the lease without the consent in writing of the lessor. Owler entered into possession in May, 1863, and continued in possession until February, 1864, when he sublet part of the premises to one Pierre Cérat. Desbarats died in October, 1864. In April, 1865, Owler sublet the rest of the house to one Dorion. After the death of Desbarats the property was, in 1866, sold by the heirs to Plaintiff. In the deed of sale, it was stated that the vendors assigned over to the vendee any right to eject Owler that the heirs themselves possessed. They took care, however, not to guarantee anything. It appears, therefore, that the two leases, which were made anterior to the sale, were known both to the vendor and to the vendee. For surely it cannot be pretended that the parties can plead ignorance of these transactions, in the face of the stipulation between them that the vendee should have whatever right the heirs had to eject Owler and that this right was to be exercised at the vendee's own risk. Under these circumstances, how does the law apply? By the common law, the lessee is entitled to use the property leased for any purpose that he pleases, so long as he does not commit waste or render the position of the lessor less favourable than it was. Stipulations against subletting and so forth are made in favour of the lessor. In this instance, the lease contained a clause that the lessee should not assign his lease and it is an alleged violation of this stipulation that gives rise to the action of ejectment. What was the intention of the lessor in stipulating that his tenant should not assign the lease? He evidently meant that the lease was not to be assigned without his permission; but the moment that the stipulation was waived by the consent of the landlord, then the common law came in, and the parties stood in the same position as though the stipulation was not in the lease. The stipulation as to a consent in writing was a privilege stipulated in favour of the landlord; but he might say if he chose, that he did not want proof in writing. He was the party in whose favour consent

was stipulated, and he might dispense with the necessity for such consent. See Dictionnaire Dalloz, under the word *acquiescement.* I think that there is an *acquiescement* clearly shown in this case. The rent was paid to the knowledge of the proprietors. The heirs Desbarats had only the same right that Desbarats himself had. If he chose to say: "Never mind the consent in writing; pay me the rent and it will be all right," this was a clear acquiescence. The rent has been paid for years with the perfect knowledge of the agents for the property. Desbarats never gave a written consent, but he gave a tacit consent which, to all intents and purposes, is equivalent. Under these circumstances, I regret that I cannot concur in the judgment about to be rendered.

BERTHELOT, J.: I am of opinion that the proprietor did not consent to the sub-leasing of the premises. Stodart, the agent, denies that he had any power from the Desbarats estate to consent to the sub-leasing. This case differs from that of *Cordner* v. *Mitchell* (1), for, in that case there was something in writing which might be considered equivalent to a commencement of proof of a written consent; but here there is nothing of the kind. The Plaintiff's action in ejectment should have been maintained.

BADGLEY, J.: My opinion is that which I formed when I heard the case at the bar. It is necessary to keep in mind the dates. The landlord leased with a strict stipulation in writing that the tenant should not sublet. There is no rule of this kind in the common law to prohibit subletting. The lease was made to Owler on the 8th of October, 1862, for five years from the 1st of May, 1863. On the 17th Feb., 1864, Owler let the basement story of the house to a man named Cérat. We know that, so long as Owler did not dispossess himself of the house, the law protected the arrangement. Cérat was the tenant of Owler. There was no breach of the contract here, because Owler still remained in actual possession of the premises. Then on the 8th of April, 1865, Owler sublet the whole remaining portion of the house to one Joseph Dorion, this arrangement to take effect on the 1st May, 1865. The fact of his subletting the whole of the premises deprived him of the protection of the law, because he had no longer foothold in

(1) La violation de la clause d'un bail qui défend au locataire de sous-louer sans le consentement du locateur, n'entraine pas la résiliation du bail, si le locateur n'a pas protesté contre la sous-location qu'il connaissait et s'il a retiré ses loyers du sous-locataire. (*Cordner* vs. *Mitchell*, C. B. R., Montréal, 8 Septembre, 1865, DUVAL, J.-en-C., AYLWIN, J., DRUMMOND, J., et MONDELET, J., affirmant le jugement de la Cour de Revision, Montréal, 31 Mai 1865, BADGLEY, J., BERTHELOT, J., dissident, et MONK, J., qui avait infirmé le jugement de C. S., Montréal, 28 Février 1865, BERTHELOT, J., 14 *R. J. R. Q.*, p. 358.)

the premises. The contract was absolutely broken by this lease to Dorion. The sale of the property by Desbarats took place on the 19th of Feb., 1866. The terms of the deed show that the parties to it were aware that the Defendants were in possession as sub-tenants, but the purchasers by the contract were to have the privilege of ousting them when they pleased. Their knowledge of the sub-tenant's possession was no acquiescence, because they reserved their right to oust them. The only question then is this, did the vendors acquiesce? Did they change the condition of the contract by any act on their part? As I have already stated, there was no infringement of the contract by the lease to Cérat; the breach was the lease to Dorion. Stodart was the mere receiving agent, or collector, of the landlord: he could not bind the landlord in any way, and I can see no acquiescence in the case. The evidence, it must be remarked, has been taken in a very irregular way. Finlay, who pretends to be the agent of Owler, has been allowed to be examined by a series of interrogatories to which he has answered, yes, yes. On his cross-examination it appeared that he knew nothing about the matter, except that the heard Stodart say nothing against the subletting, and this is called an acquiescence! More than this was necessary. We must come to the old rule *nemo facile presumitur renunciare*. Under the circumstances, the judgment of the Court below was wrong and it must be reversed.

La Cour siégeant en revision, par son jugement du 30 avril 1866, maintint les prétentions des Demandeurs et motiva son jugement comme suit: Considérant qu'il y a erreur dans le susdit jugement du quatorze avril courant et qu'il doit être revisé, la Cour procédant à cette revision et à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé par ladite Cour Supérieure: Considérant que la Demanderesse a prouvé les allégués essentiels de sa déclaration, et nommément que le Défendeur William Owler a violé la condition et la clause stipulée au bail du huit octobre 1862, par laquelle il ne pouvait céder et transporter ses intérêts dans le bail sans le consentement par écrit du bailleur, et que par les beaux à loyer faits par Owler le dix-sept février, 1864, à Pierre Gérat, et le dix-huit avril, 1865, à Joseph Dorion, et que, depuis ce dernier bail, il y a eu violation en contravention à ladite clause et condition contenue au bail du huit octobre 1862, de manière à donner ouverture à la demande en rescision dudit bail: A accordé et accorde les conclusions de la demande et, en conséquence, la Cour résilie, annulle et met à néant le bail du huit octobre 1862, contenu dans l'acte fait et passé à Montréal, devant J. E. O. Labadie et son confrère, notaires, consenti par George Desbarats à Owler, des prémisses mentionnées audit bail. Et or-

donne et enjoint audit William Owler, sous deux jours de la signification du présent jugement, d'abandonner la possession et jouissance desdits lieux à la Demanderesse, et à défaut par lui de ce faire, sous tel délai, qu'il en soit expulsé sous l'autorité de la Cour Supérieure et ses meubles et effets mis sur le carreau et la Demanderesse mise en possession d'iceux suivant le cours ordinaire de la loi. Et la Cour déclare le présent jugement commun tant contre Owler que contre les autres Défendeurs, Joseph Dorion et Pierre Cérat. L'hon. Juge SMITH ne concoure point dans ce jugement.

From this judgment the Defendants appealed, submitting that there had been a sufficient acquiescence.

AYLWIN, J.: We are fully of opinion that the judgment of the original court is right and that the judgment of the Court of Review is wrong. The judgment of this court will therefore be in the following terms: "Considering that Respondent has proved by legal evidence, that by the deed of acquisition made by Respondent, she did acquire from the estate of George Desbarats, the real property therein set forth and now in the possession of Appellant Owler and others, mentioned in the declaration and that, in and by the said deed, Plaintiff did receive also a transfer of the lease by the estate Desbarats together with all the rights and privileges of the estate Desbarats, under the said lease to Owler, to exercise all the rights of the estate Desbarats, in respect thereof, and all rights of the estate Desbarats to expel Owler, in case he had violated the clauses of the *bail*, in respect of having sublet the premises. And, further, considering that the estate of George Desbarats had allowed and tolerated the subletting of the premises by Owler, by tacitly sanctioning the said sublease, by receiving for a period of more than one year the rent of the premises without protest, and with a full knowledge of the fact that Owler had sublet the premises and had, for the period of more than one year, approved tacitly thereof; and that, by reason thereof, he had acquiesced in the subletting and had thereby abandoned all rights to oust Owler from the possession of the property, which became a *droit acquis* in favor of Owler; and, further, considering that the estate of Desbarats, could not in law give the purchaser, to wit, the Plaintiff, any such right, as the same had been abandoned by the estate, and which was well known to the purchaser, and considering that, by the common law, the rights under the lease could only accrue to Plaintiff after she had purchased the same, and for any further violation of the condition of the lease and deed, the exception of guarantee could therefore be opposed to Plaintiff, by Owler, and as the estate Desbarats has stipulated a clause that the transfer of the lease in that

respect is *sans aucune garantie*, Plaintiff is bound in law, in the same way as the *auteurs* of Plaintiff are bound, &c., the Court reverses the judgment of the Court of Review and confirms that of the Superior Court." (2 *L. C. L. J.*, p. 84 et 10 *J.*, p. 112.)

McCoy and McMahon, for Appellant.

Moreau, Ouimet and Chapleau, for Respondent.

DIMES,—VERBAL NOTICE.—PROOF OF.

Circuit Court, Montreal, 9th October, 1865.

Coram Monk, J.

[illegible]oulx *vs.* Dupuis.

Held: In an action for *dîmes*, that verbal notice given to a priest that a person had ceased to be a Roman Catholic is not susceptible of being proved.

This action was by a priest for *dîmes*. The Defendant pleaded that he had for a long time ceased to belong to the Roman Catholic Church and was in fact a Protestant, of which Plaintiff had notice previous to the pretended causes of action. At *enquête* the following question was put to a witness: "Avez-vous été requis, en aucun temps, par le Défendeur, de notifier le Demandeur qu'il était protestant et dites ce que vous avez fait à ce sujet?" The following objection was made by Plaintiff's counsel: "Objecté à cette question, comme étant illégale, en autant qu'elle tend à prouver un fait qui n'est pas susceptible d'être prouvé par témoin et qui ne peut être établi que par un acte notarié ou un écrit?"

Monk, J., maintained the objection, holding that verbal notice was not sufficient and, therefore, could not be proved. (10 *J.*, p. 114.)

Loranger and Loranger, for Plaintiff.

Torrance and Morris, for Defendant.

PREUVE.

CIRCUIT COURT, Montreal, 31 octobre 1865.

Before BERTHELOT, Justice.

PROULX, Plaintiff, *vs.* DUPUIS, Defendant.

Jugé : Que, lorsque le Défendeur dans une action pour dîmes a plaidé qu'il n'appartenait pas à l'église catholique romaine, mais qu'il était protestant et avait donné avis de ce fait au curé, le Demandeur dans la cause, tel avis ne pourra être prouvé par témoignage verbal.

The action was brought in the Circuit Court, Montreal, by the Plaintiff, *curé* of the parish of Saint-Philippe, to recover £12 10s, *dîmes* for 1863, and was taken by evocation into the Superior Court. The plea was to the effect that the Defendant was not a member of the roman catholic church but had become a protestant and had duly notified the Plaintiff to that effect. At *enquête*, a question was put by the Defendant to one of his witnesses, as follows: "Avez vous été "requis en aucun temps par le Défendeur de notifier le De "mandeur qu'il était protestant, et dites ce que vous avez fait "à ce sujet?" An objection was made to the question and was maintained by the judge at *enquête*. On motion to revise the ruling: BERTHELOT, Justice, held that the ruling at *enquête* was in conformity with law; that a verbal notice was insufficient and could not be proved by witnesses. (16 *D. T. B. C.*, p. 172, 10 *J.*, p. 114, et 1 *L. C. L. J.*, p. 94.)

LORANGER and LORANGER, for Plaintiff.

TORRANCE and MORRIS, for Defendant.

DIMES.

CIRCUIT COURT, Montreal, 28th February, 1866.

Coram MONK, J.

SAME CAUSE.

Held : In Lower Canada, *dîmes* can only be exacted from those woh profess the Roman Catholic religion.

2° A written plea fyled in Court in answer to a demand for *dîmes* to the effect that the Defendant had ceased to belong to the Roman Catholic Church and to profess the Roman Catholic religion is a sufficient notice in writing of the fact to exempt him from the payment of all *dîmes*, claimed to have accrued after the fyling of said plea.

In this cause, Plaintiff described Defendant as having professed and still professing the Roman Catholic religion, and claimed from him £12 10s., as due him as curé of the parish of Saint Philippe from the year 1863 to 1864. The defence

appears in effect by the preceding reports. At *enquête, inter alia*, Defendant proved as a lost plea one which had been fyled by him in a former action for *dîmes* by Plaintiff. The proof shewed that the plea contained the allegations that Defendant had for many years ceased to belong to the Roman Catholic Church and was in fact a Protestant, of which Plaintiff had notice. As another branch of the evidence, *interrogatoires sur faits et articles* were submitted to Plaintiff for answer. The second interrogatory was as follows: "Is it not true that, at the time of the institution of this action, Defendant had ceased to belong to the Roman Catholic Church and to profess the Roman Catholic religion." The answer was "*Il paraît que c'était le cas.*" Other answers were given to the same effect, admitting that, previous to the causes of the action, Defendant had ceased to profess the Roman Catholic religion. Ample proof was made of the fact that Defendant had ceased to attend the Roman Catholic Church from a period of nine or ten years and that he attended a Protestant Church.

Loranger, J. For Plaintiff, contended that no notice in writing had ever been given by Defendant to Plaintiff that he had ceased to belong to his religion, and that, until a formal notice in writing, or made before a notary, had been served upon Plaintiff, Defendant was liable to pay *dîmes*. The mere fact of Defendant's attending a Protestant place of worship was not sufficient. He cited *Gravel* and *Bruneau* (1); *Syndics etc.*, and *Fallon* (2).

Morris, J. L. For Defendant, submitted that, by the treaty of 1763, between Great Britain and France, Public Acts of Canada, vol. O, p. 26, liberty was given to Roman Catholics "to profess the worship of their religion according to the rites of the Romish Church, as far as the laws of Great Britain permit;" that, by 14 Geo. III, cap. 83, sec. 5, p. 8, vol. O, Public Acts of Canada, it is provided: "The clergy of said church may hold, receive and enjoy their accustomed dues and rights with respect to such persons only as shall profess

(1) L'avis donné au curé par un paroissien catholique romain, qu'il cesse d'appartenir à l'Eglise de Rome, a l'effet de décharger ce paroissien de l'obligation de payer la dîme. Il n'est pas nécessaire que cet avis soit fait devant notaire. (*Gravel* vs. *Bruneau*, C. C., Montréal, 14 juin 1859, Badgley, J., 9 *R. J. R. Q.*, p. 8.)

(2) Une personne née dans la religion catholique ne peut, par le seul motif qu'elle aurait cessé de pratiquer cette religion pour suivre les cérémonies d'un autre culte, se soustraire aux obligations civiles qui lui sont imposées pour la construction d'une église, et si, interrogée sur la nature de sa croyance, elle refuse de répondre, son refus doit être interprété comme un aveu qu'elle n'a pas changé de religion. (*Syndics de la paroisse de Lachine* vs. *Fallon*, C. C., Montréal, 13 juin 1862, Monk, J., 10 R. J. R. Q., p. 337.)

the said religion." That Defendant was sued as having professed and still professing the Roman Catholic religion. That the interrogatories put to Plaintiff touched the whole point at issue and being answered in the affirmative, judgment must go for Defendant. That apart from Plaintiff's admission there was proof of record that Plaintiff had been formally notified in writing by Defendant of his change of faith. The plea fyled in a former action for *dîmes*, although lost, had been proved, and contained all the notice that was necessary. In the case of *Gravel* and *Bruneau*, *suprà* p. 75 et 9 *R. J. R. Q.*, p. 8, it was held that an ordinary letter served on the *curé* was sufficient. A plea fyled before the court where all parties were present was a much more formal and solemn document than an ordinary letter. All the circumstances of the case shewed that Defendant was in good faith and had, for a number of years, ceased to belong to the Roman Catholic Church, of which Plaintiff was aware, having received due notice.

"The Court, considering that, by law, *dîmes* can only be recovered from persons who profess the Roman Catholic religion. Considering that it is in evidence that, in a former action by Plaintiff against Defendant, to recover an amount of *dîmes* claimed to be due, Defendant pleaded in writing that he had ceased to belong to the Roman Catholic Church. and had notified Plaintiff to that effect; and considering that said plea was in law a sufficient notice to Plaintiff of the fact that at the time it was fyled and subsequently thereto, the Defendant did not any longer profess the Roman Catholic religion. Considering that Plaintiff by his answers to interrogatories *sur faits et articles* has acknowledged that, at the time mentioned in Plaintiff's declaration, Defendant did not profess the Roman Catholic religion, and was in fact a protestant, the court doth dismiss Plaintiff's action. (10 *J.*, p. 115.)

LORANGER and LORANGER, for Plaintiff.

TORRANCE and MORRIS, for Defendant.

DEMANDE EN DECLARATION DE PATERNITE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 8 Septembre 1865.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

PATOILLE, Appelant, *et* DESMARAIS, Intimé.

Jugé : Que la demande en déclaration de paternité peut être portée par l'aïeul, sans qu'il y ait tutelle à l'enfant, la mère étant mineure ; et que la Cour peut sur telle demande accorder des aliments, tant pour le passé que pour l'avenir, et sans qu'il soit besoin de nouvelle action pour les aliments futurs. (1)

L'Intimé poursuivait l'Appelant en recouvrement de dommages pour séduction de sa fille, frais de gésine, avec conclusions à l'effet de faire déclarer l'Appelant père de l'enfant né de ce commerce illégitime et l'obliger de pourvoir à sa subsistance. Le jugement suivant fut rendu par LORANGER, Juge : " La Cour considérant qu'il résulte de la preuve que le Défendeur a été l'auteur de la grossesse de la fille mineure du " Demandeur, Marie-Athalie Desmarais qui, le 16 mars, 1863, " est accouchée d'un enfant naturel, baptisé en la paroisse de " Saint-Charles-Borromée, sous le nom de Marie des Anges, née " de parents inconnus, déclare le Défendeur, le père de ladite " Marie Des Anges, et comme tel chargé de la pension, entretien et éducation de son enfant, le condamne à payer au " Demandeur, que la Cour charge de la pension et entretien " de cet enfant jusqu'au 8 juin, 1869, jour où ladite Marie-Athalie Desmarais atteindra son âge de majorité, une rente " et pension viagère pour la pension et entretien, de douze " louis par année, depuis le 16 mars, 1863, jusqu'au 16 mars, " 1867, et de £18 depuis ce dernier jour jusqu'au 8 juin, 1869, " ladite rente payable d'avance par quartiers de trois mois en " trois mois, dont le premier se fera le 16 décembre prochain, " et dont les arrérages depuis la naissance de l'enfant jusqu'à " ce jour, y compris le quartier commençant le 16 septembre " dernier s'élève à £21, que la Cour condamne le Défendeur à " payer au Demandeur, avec intérêt de ce jour, pour laquelle " somme et pour les quartiers à écheoir, exécution sera émanée " sur défaut de payer les arrérages sous 15 jours, et les termes " futurs au temps de leur échéance respective, sans qu'il soit " besoin de condamnation ultérieure. Condamne de plus le " Défendeur à payer au Demandeur £2 10s, pour frais de gésine et de relevailles de Marie-Athalie Desmarais, etc. Et la " Cour déboute le Demandeur du surplus de ses conclusions, " c'est-à-dire, pour dommages et intérêts."

(1) V. art. 241 C. C.

DUVAL, Juge-en-Chef : Dans ce pays où toutes les tutelles sont datives, le père ne peut exercer en justice les droits de ses enfants mineurs, sans avoir la qualité de tuteur ; mais il faut observer que la demande portée par le père n'est pas pour les dommages soufferts par sa fille, mais bien pour ceux qu'il souffre lui-même ; sa fille va maintenant lui rester sur les bras, il n'est donc que juste de lui accorder des dommages et le jugement sera confirmé. Le jugement en appel est comme suit : La Cour, considérant qu'il n'y a pas erreur dans le jugement dont est appel, confirme ledit jugement. (16 *D. T. B. C.*, p. 189, et 1 *L. C. L. J.*, p. 58.)

LEBLANC & CASSIDY, pour l'Appelant.

DORION & DORION, pour l'Intimé.

BILLET PROMISSOIRE.—SUBROGATION.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montréal, 8 Sept. 1865.

Before DUVAL, Chief-Justice, AYLWIN, DRUMMOND and MONDELET, Justices.

BOVE, Appellant, *and* MCDONALD *et al.*, Respondents.

Jugé : Dans la Cour Supérieur : 1o. Que le porteur d'un billet promissoire est seulement tenu de livrer tel billet à une caution sur offre par telle caution du montant dû, et n'est pas tenu de faire une subrogation formelle.

2o. Que, dans une action contre les faiseurs et la caution, ce dernier était tenu de renouveler ses offres en Cour.

3o. Que, dans l'espèce, l'insolvabilité des faiseurs du billet était prouvée avoir eu lieu après les offres.

En Appel : Jugement confirmé par le motif ci-dessus premièrement donné.

The action was brought in the Superior Court, district of Iberville, against Appellant, as universal legatee, under the last will of her deceased husband, Henri Tugault, and against Raphaël Chéné and Olivier Hébert, to recover the amount of a promissory note of the 29th May, 1854, made by Chéné and Hébert, in favor of Respondents, payable 8 months after date, upon which was the following endorsement : " Après avoir " pris communication du billet d'autre part souscrit pour la " somme de cent livres, courant, pour Raphaël Chéné et Olivier " Hébert, en faveur de E. et D. McDonald, je me porte caution " solidaire vis-à-vis desdits E. et D. McDonald pour le mon- " tant dudit billet." The Appellant pleaded that Tugault, fearing the insolvency of tee makers of the note, tendered to Respondents, on the 25th of August, 1856, by notarial tender and protest of that date, the amount then due on the said note in capital and interest, on condition that Respondents

should subrogate him in, and cede to him, all their rights with respect to the said note, and, at the same time, surrender to him (Tugault) the note itself, and all papers connected therewith; that Respondent had absolutely refused to accede to his demand; that the makers of the note were solvent at the date of said tender and, after the said tender, became insolvent; and that, in consequence of Respondent's refusal, as aforesaid, he (Tugault) had lost all recourse against the makers whose insolvency had become complete. The prayer of the plea demanded the dismissal of the action. The answer of Edward McDonald, one of Respondents, to whom the tender was made, was: "Je suis prêt à recevoir le montant de ce "billet, mais je ne veux signer aucun document avant de "prendre des informations." To this plea Respondents answered, that they were not bound to do more than give back the note to Tugault, and were not bound to give any subrogation, and that the makers were not insolvent to any greater extent at the date of the action, than at the time the tender was made. Judgment, 27th November, 1863, LORANGER, Justice: "La Cour, considérant que les Demandeurs ont prouvé, ce qui d'ailleurs n'a pas été nié, que Henri Tugault, le mari de la Défenderesse, et dont cette dernière est légataire universelle, s'est, le trente mai, 1854, rendu caution solidaire des nommés Raphaël Chéné et Olivier Hébert, au montant d'un billet promissoire pour cent louis, consenti à huit mois, le vingt-neuf mai, 1854, en faveur des Demandeurs, avec intérêt, et que les Demandeurs n'ont pas encore reçu le montant d'icelui billet, ni en capital, ni en intérêt: Considérant que la Défenderesse n'a point prouvé, ce qui est allégué en son exception péremptoire, que le vingt-cinq mai, 1856, date des offres à deniers découverts du montant dudit billet, en capital et en intérêts alors dus, faites par Henri Tugault aux Demandeurs avec requisition de le subroger dans leurs droits et actions contre Chéné et Hébert, ces derniers fussent alors en état de solvabilité et qu'il sont devenus insolvables depuis: Considérant qu'il n'est pas non plus établi, ce qui est aussi allégué dans ladite exception, que les Demandeurs ont refusé d'accepter ces offres et que ce refus a été motivé par les intérêts excessifs qu'un des faiseurs du billet, Raphaël Chéné, leur a payés sur icelui: Considérant en outre que, pour prendre avantage de ce refus et faire retomber sur les Demandeurs la prétendue insolvabilité des débiteurs principaux, Chéné et Hebert, survenue depuis les offres de la caution, Tugault eût dû renouveler ses offres en justice, ce qu'il n'a point fait, et que, pour les raisons ci-dessus, ladite exception est mal fondée, a rejeté et rejette icelle exception: Et faisant droit, condamne la Défenderesse à payer la somme de cent louis, montant du billet, etc."

Certain admissions were given in the Court below by Plaintiff, as to the sale of the real and personal property of the makers of the note by the sheriff, which need not be given, as the judgment in appeal rests on another ground.

DUVAL, Chief-Justice: Stated that the only question in the case was as to whether a surety on a promissory note was entitled to insist on having a formal subrogation from the holder on paying the note. The Court held no such subrogation was necessary. The surety was entitled to get the note delivered up to him and this was sufficient. The judgment of the Court below would therefore be maintained. (16 *D. T. B. C.*, p. 191 et 1 *L. C. L. J.*, p. 55.)

BÉLANGER & DESNOYERS, for Appellant.

BÉTHUNE, Q. C., for Respondents.

MARIAGE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 novembre 1865.

Before BADGLEY, Justice.

MIGNAULT, Plaintiff, *vs.* BONAR, Defendant.

Jugé: 1o. Qu'un ministre protestant est responsable en dommages pour la célébration du mariage de la fille mineure du Demandeur, hors la connaissance de ce dernier et sans son consentement; et ce, nonobstant qu'il fût muni de la licence ordinaire en pareil cas. (1)

2o. Que, dans les circonstances de la cause, les dommages seront restreints à la somme de cent piastres et les frais de la dernière classe d'actions de la Cour Supérieure.

The action was brought by Plaintiff, a *bourgeois* of the city of Montreal, against Defendant, minister of the American Presbyterian Church, Montreal, to recover £500 damages, for having celebrated a marriage between Plaintiff's minor daughter, Zoé Mignault, to one Frederick Hapinian, without publication of *bans.* The declaration alleged the minor to have been of the age of 18 years and 7 months, and that the person to whom she was married was an *aventurier sans ressources aucunes et sans religion*, and that Plaintiff had been injured in his feelings and affections, and the future of his daughter irrevocably compromised. The Defendant's plea admitted that he had celebrated the marriage, and alleged that, in so doing he had only performed his public duty, that he was wholly ignorant that Zoé Mignault was a minor, that both she and the husband represented her to be of age, and, moreover, that the marriage was solemnized in good faith on

(1) V. art. 119 et 129 C. C.

the part of Defendant and in virtue of a license, after a bond had been duly given, and without suspicion or knowledge of any impediment or cause against the marriage, and that therefore no damages could be recovered against Defendant, nor had Plaintiff suffered any damage, and that the marriage had not been followed by any cohabitation, the minor having immediately after the marriage returned to her father's house and there remained. The answer of Plaintiff was to the effect that ignorance of the minority could not excuse Defendant, that, on the contrary, his duty was to find out whether she was a minor, that the license was no justification for the breach of the law, which forbid the marriage of minors without the consent of their parents or guardians, but was simply an authorization to celebrate the marriage after being fully satisfied that no impediments existed to it.

BADGLEY, Justice : The action is brought to recover damages against Defendant for having celebrated a marriage between Plaintiff's minor daughter and a stranger. It appears in evidence that the Plaintiff and his family have lived in the United States, his daughter, Susan, as she signed on the license, or Zoé Mignault, as in her *extrait de baptême*, spoke english and french. The bridegroom Hapinian came to Montreal from the United States and took her with her brother for a drive in a sleigh, but sent off the boy to the Post Office, and then drove to the residence of Defendant with a license in his pocket, where they were married, and went back at once to Plaintiff's house. The father appears to have been ignorant of the marriage for some time. The daughter, when examined as a witness for Plaintiff, says she stood up and something was said, but that she had no intention of getting married, a very unlikely story, indeed, and not in accordance with the other evidence in the case. The Defendant does not appear to have asked her, before the marriage, whether or not she was a minor, but did so immediately after, and found out she was a minor, but too late. In referring to the case of *Larocque and Michon* (1), I perceive that although it differs in some respects from the present case, yet it lays down the principle that a clergyman, who celebrates the marriage of a

(1) Le mariage d'une fille mineure, célébré sans publication des bans, avec dispense de l'évêque et sans le consentement des parents, donne à ces derniers un recours en dommages contre le curé qui l'a célébré, et cela, sans qu'il soit nécessaire de demander au préalable la nullité du mariage. (*Larocque* et *Michon*, C. B. R., Montréal, 1er Mars 1858, LAFONTAINE, J.-en-C., AYLWIN, J., DUVAL, J., et CARON, J., infirmant le jugement de C. S., Montréal, 30 avril 1857, DAY, J., SMITH, J., et CHABOT, J., 6 *R. J. R. Q.*, p. 11 et 12.)

Un mineur ne peut contracter mariage s'il n'est assisté de ses père, mère, tuteur ou curateur. (*Beaudoin* et *André*, Con. S., Québec, 12 Juin 1741, 1 *R. J. R. Q.*, p. 37.)

minor, without the consent of her parent or guardian, is liable in damages. I am disposed to look favorably on Defendant's acts in this case, he was misled by the statements of the parties themselves, and by the appearance of the daughter who looked as though she had attained the age of majority ; but Defendant did not make sufficient enquiry before hand, and there is the law which requires the consent of the parents or guardians of a minor. There must, therefore, be a judgment for damages.

JUDGMENT : " The Court, considering that Plaintiff hath established the material allegations of his declaration, doth reject the pleas of Defendant and doth condemn Defendant to pay to Plaintiff the sum of $100 damages, for the causes, matters and things set out in the declaration, with interest from the 8th November, 1864, date of service of process. (16 *D. T. B. C.*, p. 195, et 1 *L. C. L. J.*, p. 97.)

JETTÉ, for Plaintiff.

DORMAN, for Defendant.

COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER NON TENUE AUX CHEMINS MUNICIPAUX.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 8 Septembre, 1865.

Présent : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, DRUMMOND, et MONDELET, Juges.

LA CORPORATION DE LA PAROISSE DE SAINT-LIBOIRE, Appelante, *et* LA COMPAGNIE DU GRAND TRONC DE CHEMIN DE FER DU CANADA, Intimée.

Jugé : Que les municipalités ne peuvent imposer, à la Compagnie du Grand Tronc de Chemin de Fer du Canada, l'obligation de faire des travaux de communication publique, indépendants de ceux qui sont requis pour la voie ferrée. (1)

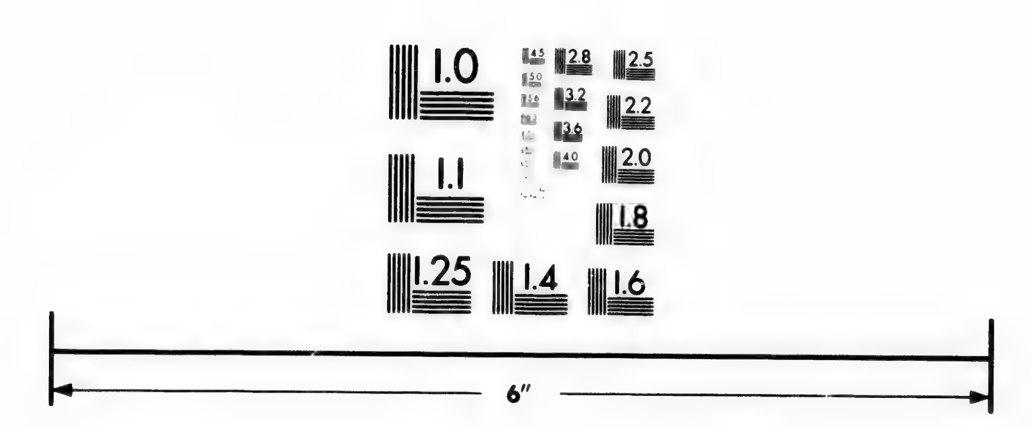
En 1856, la paroisse Saint-Liboire obtint l'homologation d'un procès-verbal établissant, dans ses limites, un chemin qui traversait la voie ferrée de la compagnie, Intimée, et ce procès-verbal ordonnait que la compagnie construirait un pont pour faire passer ce chemin de traverse au-dessus de la voie ferrée et à une élévation suffisante pour laisser passer au-dessous les chars du chemin de fer. La compagnie ne se crut pas liée par ce procès-verbal, mais, pour accommoder le public, elle fit construire un pont à sa convenance pour permettre de traverser la voie ferrée. La corporation de la paroisse Saint-Liboire porta son action en alléguant le procès-verbal et le refus de la compagnie de s'y

(1) V. art. 799 C. M.

soumettre ; et concluant à ce que la compagnie fût condamnée à faire le pont, tel qu'ordonné par le procès-verbal, et qu'à défaut par elle de le faire, elle fût condamnée à payer la somme de $500, valeur du pont, pour mettre la paroisse de Saint-Liboire en état de le faire. A cette action la compagnie répondit : 1° Qu'elle ne pouvait être poursuivie pour la confection de ce pont et chemin sans avoir été mise en demeure par l'inspecteur, ni avant que l'ouvrage n'eût été fait ; 2° qu'elle ne pouvait être obligée et contrainte à faire à ses frais et dépens des travaux de la nature de ceux réclamés et qui étaient en dehors de ses besoins ; 3° que le procès-verbal était illégal en autant qu'il s'agissait d'un pont de plus de huit pieds, qui devait conséquemment être aux frais de tous les intéressés ; que le surintendant qui avait préparé le procès-verbal n'avait pas donné les avis voulus par la loi ; que le chemin s'étendait jusque dans une municipalité voisine et que le procès-verbal n'y avait pas été déposé ; 4° que ce nouveau chemin n'ayant été établi que postérieurement à la construction du chemin de la compagnie, cette dernière ne pouvait être tenue d'y contribuer ; que, dans tous les cas, elle ne pouvait y être tenue que dans la même proportion que les autres intéressés dans la paroisse ; 5° que sans y être aucunement obligée, elle avait néanmoins fait construire un pont suffisant pour les besoins du public. Le 25 février, 1865, à St-Hyacinthe, BADGLEY, juge, rendit le jugement qui suit : " La Cour, attendu que le chemin de front mentionné en la déclaration de la Demanderesse et verbalisé par le procès-verbal homologué par le conseil municipal de la paroisse de Saint-Simon, a été établi plusieurs années après que le chemin ferré de la Défenderesse a été bâti et en opération ; et, attendu que le pont réclamé par la Demanderesse, est un pont public lequel, par la loi, était à la charge de tous les contribuables de la municipalité (Demanderesse) ; et attendu que la Défenderesse ne pouvait en loi être tenue à faire le pont à ses frais propres et que ledit procès-verbal, mettant le pont aux charges particulières de la Défenderesse, n'est pas légal et en conformité à la loi ; et attendu que la Demanderesse n'a pas droit d'action contre la Défenderesse, déboute ladite action de la Demanderesse." C'est de ce jugement qu'était appel.

MONDELET, Juge : Il me paraît que le jugement dont est appel est exact et doit être confirmé. La Corporation de la paroisse de Saint-Liboire a la prétention de faire faire par la Défenderesse un pont qui, par la loi, doit être aux charges des intéressés qui en ont besoin. D'ailleurs, le chemin de fer de la Défenderesse ayant été fait plusieurs années avant la confection du procès-verbal qui ordonne la contruction du pont, de quel droit peut-on assujettir la Compagnie du Grand-Tronc à

IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)



faire ce pont ? Ainsi, outre les irrégularités apparentes du procès-verbal, je ne vois, en loi, aucune autorité qui puisse, dans les circonstances actuelles, obliger la Compagnie du Grand-Tronc à la construction de ce pont. Que ceux qui ont besoin de ce pont le fassent, et le fassent à leurs dépens. Ce serait, certes, un admirable expédient que celui-là, pour faire construire par le Grand-Tronc les ponts dont les municipalités donneraient l'ordre, exonérant les habitants qui en ont besoin d'en faire les frais, dont on chargerait le Grand-Tronc qui n'en a pas besoin.

DUVAL, Juge-en-Chef : Il n'y a pas de loi qui impose à la Compagnie du Grand-Tronc l'obligation de faire ce pont, cela décide la question.

" La Cour, considérant qu'il n'y a pas mal jugé dans le jugement rendu par la Cour Supérieure, à Saint-Hyacinthe, le 25 février, 1863, confirme ledit jugement. (16 *D. T. B. C.*, p. 198, et 1 *L. C. L. J.*, p. 54.)

DORION and DORION, pour l'Appelante.

CARTIER and POMINVILLE, pour l'Intimée.

PRESCRIPTION D'UN BILLET PROMISSOIRE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 9 décembre 1865.

Présents : AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

GIARD *et al.*, Appelants, *et* LAMOUREUX, Intimé.

Held : That, when one of the Defendants on an action on a promissory note proves that the note has been paid, the action should be dismissed as to both, though the other Defendant made default.

Les Appelants poursuivaient, devant la Cour de Circuit, pour le district de Richelieu, l'Intimé et Jean-Baptiste Dandelin, pour le recouvrement de la balance restant due sur un billet de £25 consenti par les deux Défendeurs en faveur d'Alexis Giard, dont les Appelants se disaient exécuteurs testamentaires et fidéicommissaires, billet en date du 29 mars, 1856, et payable un an après cette date. Les Demandeurs réclamaient aussi l'intérêt au taux de huit par cent sur promesse des Défendeurs. Lamoureux ne comparut pas, mais Dandelin plaida prescription suivant le statut et paiement, produisant au soutien de telle exception de paiement un reçu de l'un des Appelants pour la somme de £25 10, qui, avec £12 que les Appelants reconnaissaient par l'action avoir déjà reçus, complétaient le montant dû au taux de six pour cent. La Cour de Circuit débouta l'action quant à Dandelin, sur le plaidoyer

de prescription, déboutant néanmoins l'exception de paiement, mais condamna Lamoureux à payer le montant réclamé. Lamoureux inscrivit la cause en revision à Montréal et le jugement suivant fut rendu le 25 janvier, 1865: "The Court, " considering that, at and long before the institution of this " action, the said promissory note and for the recovery of the " amount whereof this action was instituted against Defen- " dants, had been and was paid and discharged, with interest " thereon, as appears by proof of record, and that, at the " institution and return of the action, no cause of action " existed in Plaintiffs in their quality against Defendants, " either jointly or severally, doth reverse so much of the " judgment rendered by the Circuit Court for the district of " Richelieu, dated the sixteenth day of November last, as " adjudges Defendant Lamoureux to pay to Plaintiffs the " amount of the said promissory note, with interest and costs, " as in the said judgment mentioned, there being error, in " so much as aforesaid of the said judgment; and proceed- " ing to render the judgment that the Circuit Court should " have rendered in respect of Defendant Lamoureux, doth " dismiss the action as to Lamoureux." C'est cette décision que les Appelants cherchaient à faire infirmer, prétendant que la prescription est un moyen que les tribunaux ne peuvent suppléer d'office. (1) Que Lamoureux ayant fait défaut ne pouvait se prévaloir de la défense opposée à l'action par Dandelin. (2) Que le Défendeur Lamoureux ayant fait défaut était censé admettre la qualité des Appelants. (3) L'Intimé se reposait uniquement sur la 31e section du chapitre 64 des Statuts Refondus, sur lequel était basé le jugement rendu en revision par la Cour Supérieure.

DRUMMOND, J., was of opinion that the plea of payment having been proved by one of the Defendants, the other could not be condemned to pay the debt over again.

MEREDITH, J.: The fact of the note having been paid should have caused the action to be dismissed as to both Defendants. The judgment of the court of review must therefore be con-

(1) Pothier, *Obligations*, No. 676, 677; Code Civil du B. C., art. 5, de la Prescription.

(2) Pothier, *Obligations*, 782; 13 Duranton, No. 230; 8 Toullier, No. 405.

(3) La qualité et la capacité des parties sont présumées admises par le Défendeur qui ne comparait pas, et il n'y a qu'à prouver la demande. (*Berthelot vs. Robitaille*, B. du R., Québec, 1813, 2 R. J. R. Q., p. 243.)

Le Défendeur, qui ne comparaît pas, admet par son défaut la qualité dans laquelle il est poursuivi. (*Auld vs. Milne*, B. du R., Québec, 1819, 2 *R. J. R. Q.*, p. 247.) Robertson's Digest, *vo.* Evid., p. 162.

firmed. Judgment confirmed unanimously. (16 *D. T. B. C.*, p. 201 et 1 *L. C. L. J.*, p. 86.)

SICOTTE and RAINVILLE, for Appellants.

LAFRENAYE and BRUNEAU, for Respondent.

CORPORATION MUNICIPALE.—POURSUITE.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 19 janvier 1866.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

Ex parte GEORGE VAILLANCOURT, Requérant bref de *Certiorari, et* LE CONSEIL MUNICIPAL DE LA PAROISSE DE SAINT-ROCH-DE-QUÉBEC-SUD, Demanderesse en Cour Inférieure.

Jugé : 1o. Qu'une poursuite en vertu du chap. 6, Stat. Ref. du Bas-Canada, pour vente de liqueurs spiritueuses sans licence, peut être instituée au nom d'un Conseil Municipal, et que tel conseil a qualité pour poursuivre en vertu de la 24 Victoria, chap. 29, sec. 4, sous-sec. 20. (1)

2o. Qu'une conviction, rendue sous l'autorité dudit acte par un Juge des Sessions de la Paix, ne peut être portée devant la Cour Supérieure par *certiorari.*

La poursuite avait été instituée en vertu du chap. 6 des Stat. Ref. du Bas-Canada contre le Défendeur Vaillancourt, pour avoir vendu en détail des liqueurs spiritueuses, sans la licence requise par la loi, par devant le Juge des Sessions de la Paix, et jugement avait été rendu contre le Requérant, le condamnant à la pénalité. La plainte était conçue en ces termes : " The Municipal Council of the south part of the parish of Saint-Roch-de-Quebec, said part being and constituting the municipality of the parish of Saint-Roch-de-Québec-Sud, in the district of Quebec, on behalf of Our Sovereign Lady the Queen, prosecutes George Vaillancourt, of the said parish, in the said district of Québec, trader. For that, whereas the said George Vaillancourt did, at the parish aforesaid, in the district aforesaid, to wit, in the house and premises there situate of him the said George Vaillancourt, within the limits of the said municipality of the parish of Saint-Roch-de-Quebec-Sud, on the eighteenth day of June, in the year aforesaid, and at sundry times before and since, sell and retail, in quantities less than three gallons at a time, certain spirituous liquors, to wit : Gin, without the license required by the provisions of the statute in such case made and provided, contrary to the said statute. Whereby and by force of the said statute, the said George Vaillancourt hath become liable to

(1) V. art. 3 et 93 C. M., et art. 14 C. P. C.

pay the sum of fifty dollars. Wherefore the said Municipal Council prays judgment in the premises, and that the said George Vaillancourt may be condemned to pay the said sum of fifty dollars currency, for the said offence and costs." Le 19e jour de juillet 1865, le juge des Sessions de la Paix rendit jugement, maintenant la plainte. Le Défendeur présenta une requête à la Cour Supérieure, le 4 d'octobre 1865, pour l'obtention d'un bref de *certiorari*, laquelle requête contenait les raisons suivantes, savoir : 1° Parce que par la plainte il n'y a aucune offense distincte alléguée avoir été commise par le Requérant. 2° Parce que ladite plainte n'allègue pas quand a été commise l'offense imputée au requérant. 3° Parce que le jugement rendu contre le requérant n'est pas conforme à la plainte. 4° Parce que la plainte ne spécifie pas, d'une manière certaine et positive, la quantité de boisson vendue par le requérant et ne contient aucune charge suffisante en loi pour justifier le jugement rendu contre le requérant. 5° Parce que la plainte ou information est faite au nom du Conseil Municipal de la partie sud de la paroisse de Saint-Roch-de-Québec, et qu'en loi le Conseil Municipal est et était inhabile à faire la plainte. 6° Parce que la conviction n'a pas été rendue avec justice et équité et est contraire à la loi, et que le Juge des Sessions de la Paix n'avait aucune juridiction en la cause. Ladite requête fut accordée et l'émanation du bref de *certiorari* permise, et la conviction fut maintenue avec dépens.

TASCHEREAU, Juge: Un bref de *certiorari* a été émané contre un jugement rendu par le Juge des Sessions de la Paix, à Québec, le 19 de juillet dernier, sur requête de George Vaillancourt qui prétend avoir été lésé par ce jugement. De la part du requérant, il a été prétendu que la plainte ou déclaration n'avait pas été signée par le plaignant, mais par ses procureurs *ad litem*, et qu'elle était défectueuse et non conforme à la loi : que la plainte ne mentionnait pas quand l'offense avait été commise ; que la plainte n'était pas datée ; que la quantité de boisson vendue n'était pas énoncée d'une manière suffisamment claire pour lui permettre de se défendre de l'accusation portée contre lui ; que la corporation de la municipalité seule, sous son nom collectif, avait le droit de poursuivre, et enfin le défaut de juridiction de la Cour Inférieure, attendu que rien ne constatait que la procédure avait été prise dans les six mois à compter de la commission de l'offense. De la part de la défense, on a prétendu que la conviction était conforme à la loi et à la preuve, et qu'on ne pouvait pas attaquer cette conviction au moyen d'un bref de *certiorari*, et que la loi contenait une disposition expresse à cet égard. Des prétentions du requérant, les seules qui me paraissent sérieuses

et propres à annuler le jugement de la Cour Inférieure, s'il y avait lieu, sont le défaut de date dans la plainte pour établir quand l'offense imputée au requérant aurait été commise, et l'omission de la date au bas de la plainte, de manière qu'il est impossible de dire si la poursuite a été faite dans les six mois à compter de la date de la commission de l'offense, laissant planer le doute sur la juridiction du tribunal inférieur, et j'aurais été disposé à maintenir le *certiorari* pour ces raisons, mais devant cette clause du statut qui enlève le droit d'évocation par *certiorari* à la Cour Supérieure, je dois me conformer à la lettre de la loi. Quant à la question de savoir si un conseil municipal a droit de poursuivre une offense de cette nature devant les tribunaux, j'ai déjà décidé qu'un conseil municipal avait ce droit et je suis encore de la même opinion. La 24 Vic., chap. 29, lui donne ce droit en termes clairs et précis ; au reste la preuve offerte en Cour Inférieure établit d'une manière à n'en pas douter que le Défendeur, présent requérant, s'est rendu coupable de l'offense dont il est accusé, et je dois en conséquence renvoyer le *certiorari* et permettre l'exécution du jugement de la Cour Inférieure. (16 *D. T. B. C.*, p. 227.)

SUZOR, pour Vaillancourt.

ANDREWS and ANDREWS, pour le Conseil Municipal.

DOMMAGES RESULTANT D'UN QUASI DELIT.

SUPERIOR COURT, IN REVIEW, Québec, 5 mars 1866.

Before BADGLEY, STUART and TASCHEREAU, Justices.

MOFFETTE, Plaintiff, *vs.* THE GRAND TRUNK RAILWAY COMPANY OF CANADA, Defendants.

Jugé : 1° Qu'il faut que celui qui réclame des dommages causés par la faute grossière ou par la négligence du Défendeur, soit lui-même à l'abri d'une imputation de négligence ou manque de soin ordinaire et que, dans le cas où le tort serait le résultat d'une faute commune, et plus particulièrement dans l'absence d'aucune voie de fait ou tort prémédité, il n'y a pas d'action.

2° Que pour maintenir une action en dommages causés par la négligence du Défendeur, l'*onus probandi* quant à telle négligence incombe sur le Demandeur, qui, en outre, sera tenu de prouver qu'il n'y a pas eu manque de soin de sa part, ou, s'il y a eu négligence de sa part, que telle négligence n'a nullement contribué au tort dont on se plaint.

3° Qu'il faut produire preuve affirmative de précautions suffisantes à l'époque de l'accident.

4° Que, quand le dommage est causé par une personne dans l'exercice de ses droits légaux, il faut que le Demandeur établisse qu'il n'y a pas eu faute de sa part, et qu'il y a eu négligence de la part du Défendeur.

5° Que dans le cas où le Défendeur est coupable de négligence grossière causant le dommage, si le Demandeur a montré un manque de soins ordinaires et a ainsi essentiellement contribué au tort, il n'a pas droit d'action. (1)

The Plaintiff brought suit against Defendants, before the Circuit Court, sitting at Quebec, and declared that Defendants, so negligently and carelessly managed their railroad and locomotives thereon, that they caused their cars to come violently in collision with a horse of Plaintiff, whereby the horse was injured, &c.; that the injury was caused by the fault of Defendants, in not taking proper precautions in running their cars across a public highway, Defendants neglecting to station any persons where their said line of railway crossed the public highway, for the purpose of warning persons on the highway, which, from the situation of the crossing was absolutely necessary, and for the want of which the highway was rendered dangerous to travellers, going over the crossing, to the damage of Plaintiff of $140. Defendants pleaded a *défense en fait*; the action of Plaintiff was dismissed with costs: "Considérant "que le Demandeur a failli de prouver les allégations prin-"cipales de sa déclaration." Upon this judgment Plaintiff inscribed in review.

BADGLEY, Justice: The accident occured in January, 1865, in day light. The Plaintiff is a brewer and supplies his customers by sending his beer round to them; upon the occasion in question, his beer sleigh was under the care of a full grown lad, capable of taking proper care of it and of the horse attached to it, the horse was most gentle and could be led by a girl or a child, and moreover was accustomed to the movement of the railroad engines and cars and never started or was disturbed by them; finally, the driver was accustomed to them also and to the part of the road where the accident occurred, having used that road for several months previously in serving his master's customers. The position of the crossing where the accident occurred need not be further mentioned than by saying that the railroad track line is the main line from the west to Point-Lévis, and, at the locality in question, and for a considerable distance west and east of the place, the line was straight. The traveller's highway had, several months before the time of the accident, crossed the track somewhat more to the east, where the crossing was at a right angle to the track, and it was deemed imprudent not to keep a road-keeper there to give notice to travellers of the approach of the cars. To remedy this inconvenience the Grand Trunk Railway Company, at the suggestion of

(1) V. art. 1053 C. C.

the corporation of the town of Lévis, where this crossing was situated, removed it to a point more to a west where, instead of the high-way being taken round the mills and buildings which, at the former crossing, thereby obstructed the sight of the track and of the trains going along the road either way, it was taken in front of those buildings and made to cross the railroad track obliquely. The breadth of this track is 5½ feet and the crossing at right angles would necessarily be that measure also, but the oblique crossing occupies about ten feet, to that extent also remaining liable to accidents and necessarily requiring somewhat greater care on the part of travellers: it was not however considered necessary to station a road-keeper there, because the entire track west and east could be seen for a considerable distance by travellers near to the track in consequence of the high-way being in this manner carried in front of the buildings. It is in evidence that, front the point A on the plan produced by Plaintiff, which was fifteen feet directly from the track and from the place where the accident occurred, an approaching traveller could see up and down the track about 250 feet, according to Larue, the surveyor, who drew the plan, but considerably more according to other witnesses examined, which extent of sight was necessarily and of course prolonged at each foot of approach from that distance of fifteen feet to the track itself. Upon the occasion in question, Plaintiff's horse and sleigh, under the charge of his young man, a lad of eighteen, as he himself swears, were following another sleigh going in front. Up to about forty feet from the track, Plaintiff's horse had been going at a trot, but from that time he went more slowly, *au pas*, the driver walking near the sleigh and holding the reins in his hand: the preceding sleigh was on the track when the approaching cars were seen, and the man in front beat his horse and pushed him across safely: Plaintiff's driver swears that his horse was nearly touching that *voiture* and must have been upon the track a little way and he thought he could get over also and made the attempt, but finding it useless he pulled his horse back and got both sleigh and horse from off the track; unfortunately, however, the horse's head came in contact with one of the cars and received so heavy a concussion that the animal was stunned and thrown down, and has become useless, having lost his head, to use a common term: the horse was a good serviceable animal and was worth thirty pounds, its only worth now is its hide. This is one of those cases in which questions of negligence and ordinary care come up for examination and in which the judge presiding exercises not only judicially upon the law of the case, but also acts as a jury in settling the matter of fact of negli-

gence or otherwise. The general rule is that a Plaintiff suing for culpable fault or negligence must himself be without any misconduct or fault and have used ordinary care, and that where an injury has resulted from the negligence of both parties, more especially if without any wanton or intentional wrong on the part of either, an action cannot be maintained. In like manner the prevailing doctrine is that to sustain an action for negligence the burden of proof is on Plaintiff to show negligence, wilful or otherwise, by Defendant, and ordinary care by himself, or, that if he himself did not exercise ordinary care, this did not contribute to the alleged injury. And it is further a prevalent doctrine, that there must be affirmative proof of due care *at the very time of the accident.* I need scarcely add as a general summary that, when damage is done by a party, in the exercise *of his lawful rights,* Plaintiff must prove that his loss occurred without his fault and by Defendant's neglect So also it has been held, and is another rule in such cases, that, though Defendant is guilty of gross negligence, causing damage to Plaintiff, but where Plaintiff himself was guilty of want of ordinary care, contributing essentially to the injury, Plaintiff cannot recover. These are not new rules. Lord Ellenborough, as long ago as his time, so ruled, in *Butterfield* vs. *Forester,* that one person being in fault will not dispense with ahother using ordinary care for himself. "Two things, he said, must concur to support this "action, an obstruction in the road by the default of the Defendant and no want of ordinary care to avoid it on the "part of the Plaintiff." (1) The Plaintiff has charged the infliction of the damage upon Defendant's gross negligence in running their cars upon the occasion in question. Now as respects the management of their cars our general railroad act, at section 104, provides that the bell or the whistle shall be sounded at a distance of 80 rods at least before arriving at crossings, and shall continue to sound at intervals until the engine has crossed the road; under the penalty for each infraction of $80 payable by the company, who shall be liable for all damages suffered by persons injured. It is clearly in evidence that the whistle was sounded at the whistling post, at the statutory distance and continued for what is termed a long whistle and was then followed by the bell which was kept ringing and sounding until after the crossing had been passed, and further, that immediately upon seeing the possibility of an accident, the engineer caused the whistle to be sounded for the breaks to be put on, which was done before the accident. In so far as the requirements of the statute were

(1) 11 East, 60.

to be observed, there was clearly no negligence on the part of the Defendant. The statute plainly shows and common sense shows that it is the duty of a Railroad Company to slacken speed at a turn, and to give warning when approaching a crossing; nor must it appear that such duties were disregarded when they attempt to show themselves not guilty of negligence. Upon this point it has been held that where Plaintiff was injured at a railway crossing by the collision of an engine, where the statute required at such points certain specified signals, that even compliance with the requirements of the statute will not excuse the company from the use of care and prudence, in other respects; and that it is not necessarily enough to excuse the company that they proved the usual course adopted by engineers in such cases. With such rulings of law as the above, it is clear that questions of negligence and ordinary care must depend upon the circumstances of each case: they are matters of fact to be considered in connection with all the circumstances of the particular case and to be determined upon the view of what prudence and skill require. Ordinary care in crossing a high-way may be gross negligence at that of a railroad and if facts are proved from which a deduction can be drawn, the presumption would be against the Defendant, subject to be rebutted however by the Defendant's proof that he has taken the necessary precaution; in that case, the *onus* falls upon the Plaintiff to show his own ordinary care, because wherever the Plaintiff had reason to suspect the danger and might by the exercise of prudence have escaped it, he must fail to recover if he did not exercise that prudence. (1) It is established in evidence, that the statutory signals were given, and moreover it has been proved that for a considerable distance beyond the whistling post, the engineer had slackened the usual speed from thirty miles to fifteen, and that in fact the speed was only about twelve from some distance before they reached the crossing; under these circumstances, the question of negligence cannot be held against the company, because that question as asked by the law depending upon the facts, first whether they had complied with all such statutory and reasonable precautions for the safety of travelling at the point, as would have had a tendency to prevent the accident in the particular circumstances of the Plaintiff's case, and second, whether in the management of their train, they were running with such speed as would be proper and suitable in approaching a highway, must be conclusively answered in the Defendant's favor. They moreover proved

(1) *Holt* vs. *Wilkes*, B. and Ald., p. 304; *Cotterill* vs. *Starkey*, 8 Car. & P., p. 691.

that sign posts were on the road on both sides of the crossings as required by the railroad act, and that the company were not bound to any other special precautions. But besides all this, the Plaintiff was bound to show ordinary care on his part to entitle him to maintain his action, because, even if the statutory precautions had been disregarded, the party suffering damage would not be entitled to recover, if he was himself guilty of negligence which contributed to the injury. Now the driver was aware of the dangerous nature of the crossing, it was part of his usual duty to cross there, he had been going fast until he got within forty feet of the track line, and then knowing the danger went *au pas*; he was not in his sleigh driving the horse and able to check it at any moment but walked at the side of it holding his reins; he was following another sleigh which got across safely, his horse almost touching it, and as he at the time told Letarte, a witness, *qu'il suivait une autre voiture et qu'il pensait avoir le temps de passer.* Doubtless, he lost time in the attempt to cross, and also, lost more time in pulling back; he was not even then in his sleigh, nor is it shewn that when the horse was struck he held him in hand. But he did draw his horse back, the horse was most steady, most manageable, not frightened by the railway trains, and yet, having escaped the engine and tender which were narrower than the cars, the horse also escaped the two first cars, because the driver himself, who must have known and seen how the accident happened and how, and when, and by what means the horse was struck, much better than the two witnesses of the Defendant, who only believe that the animal was struck by the baggage car, the driver himself admitted at the time to Bégin, a witness examined in the case, *que c'était le troisième char qui avait frappé le cheval*; having escaped the two preceding cars and been struck by the third, the deduction appears to be plain enough that the driver had not acted with care, had not drawn his horse far enough from the track or had slackened his hold upon the horse's head which having turned or advanced, was struck by the car. With a knowledge of the danger, it does seem that in passing such an intersection and under all the circumstances of this case, it was the driver's duty, and it would be the duty of travellers generally, to stop and listen, and look both ways to ascertain by both senses, whether a train was within sight or hearing and if the want of this precaution contributed, as in this case it certainly did, directly to the injury sustained, the Plaintiff cannot recover, even if the Defendants were in like fault on their part, which has not been proved. Doubtless, from the evidence adduced, the whistle and bell must both have been heard, and the approach-

ing train must have been seen in time for the driver to keep his horse safely off the track, but the driver, as too often happens, eager to cross, miscalculated his time and thought that he would have got across safely also, like the traveller ahead of him. The evidence of the persons brought up by Plaintiff to prove that the whistle was not heard, is of no value; none of them denying but what it might have sounded, although they did not hear it, being at the time otherwise occupied, and moreover their testimony is contradicted in the plainest and most positive terms by the evidence of several witnesses, produced by Defendants. The judgment of the Superior Court by which Plaintiff's action has been dismissed, must be maintained, and the revision also dismissed. (16 *D. T. B. C.*, p. 231.)

ANDREWS and ANDREWS, for Plaintiff.

LELIÈVRE, Q. C., for Defendants.

VENTE.—LIVRAISON.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Québec, 28 décembre 1865.

Before DUVAL, Chief-Justice, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, Justices.

VANFELSON, Appellant, *and* MANN, Respondent.

L'intimé vendit, l'Appelante acheta, une quantité de courbes, *futtocks*, de certaines dimensions, établies par contrats sous seing privé. Il fut convenu que l'Appelante enverrait un homme travailler pour l'Intimé, et pour surveiller la confection des courbes, l'appelante s'obligeant de recevoir tout ce que l'homme choisi par elle pour cet objet marquerait comme recevable. L'Intimé offrit à l'Appelante une quantité de courbes qui étaient, quoique marquées, au dessous des dimensions voulues et de qualité inferieure, lesquelles elle refusa d'accepter.

Jugé : Que le mandat de l'individu choisi par l'Appelante ne s'étendait qu'à juger de la qualité des courbes fournies par l'Intimé ; qu'il n'avait rien à faire avec leurs dimensions qui étaient établies par le contrat, et qu'il ne pouvait lier l'Appelante en marquant des courbes qui n'étaient pas des dimensions voulues et de la qualité stipulée.

The Plaintiff declared against Defendant, in an action of assumpsit, alleging that, on the 20th october, 1863, by agreement *sous seing privé* between Plaintiff and Defendant, Louise-Hélène Vanfelson, acting therein through her husband, her authorized attorney, Plaintiff sold, and Defendant bought, all the futtocks that Plaintiff should make during the then coming season, at the rate of six dollars per piece, to be delivered at Cap-Rouge, not later than the 1st day of July, 1864; that it was further agreed that Defendant should send up a man to work for Plaintiff and superintend the getting out of

the futtocks; that Defendant agreed to receive anything marked off for her by the man she should so select to go up, one half of the futtocks to measure thirteen inches and the other half fourteen inches. The Plaintiff then alleged a second agreement of the same description entered into between the said parties, on the 28th November, 1863, for a further quantity of futtocks to be delivered at Point-Lévis. The Plaintiff also alleged that, under the said contracts, he had delivered to Defendant a large number of futtocks, which were of the sizes and quality required, and of the value of $6,810, and concluded that Defendant be condemned to pay him that amount. Defendant pleaded that the futtocks offered by Plaintiff were undersized and not according to mould, with the exception of a very small number, which Defendant was ready to accept and pay for, refusing the remainder, tendering the value of those she was ready to pay for, with costs then accrued. The Superior Court rendered the following judgment: "The Court, considering that, under the agreement set forth in Plaintiff's declaration, it was expressly agreed between Plaintiff and Defendant, Louise-Hélène Vanfelson, that she should send up a man to work for Plaintiff and superintend the getting out of the futtocks, which form the subject of the said agreements, and she thereby agreed to receive anything marked off for her by the man so selected to go up for her. Considering that, in fulfilment of the said agreements, she sent up Philippe Ferland, who superintended the making, by Plaintiff, of the futtocks, for the price of which the present action is brought, and accepted them for Defendant, and marked them for her. Considering that Defendant hath expressly agreed to receive anything so marked off for her and that she is bound by the said agreement, the court doth dismiss Defendant's plea of perpetual peremptory exception, and doth adjudge and condemn Defendant, Louise-Hélène Vanfelson, to pay Plaintiff the sum of six thousand eight hundred and ten dollars, with interest, etc." It was from this judgment that an appeal was instituted.

LELIEVRE, Q. C., for Appellant: By the final judgment it is said: "Considering that, in fulfilment of the said agreements, Defendant sent up Philippe Ferland, who superintended the making, by Plaintiff, of the futtocks, for the price of which the present action is brought, and accepted them and marked them off for her." *Acceptation* of these futtocks implies delivery for Defendant. Now, where was delivery to be made? The terms of the written contracts answer this question. The Plaintiff sold, and Defendant purchased, "deliverable at Cap-Rouge," under the first contract; under the second contract, "deliverable at Point-Lévis." It was assuredly no

part of Ferland's business to accept delivery at Cap-Rouge? His powers were limited to "superintending the getting out of the futtocks," Defendant "agreeing to receive everything marked off for her by the man she selected to go up. *One half the futtocks to measure* 13 *inches, the other half fourteen ; Mann to furnish as many large ones as he can.*" It is clear from this that the mission of Ferland was not to accept the futtocks, but merely to superintend, not the making, but the getting out of the futtocks; and, therefore, the *considérant* of the judgment which goes to say that Ferland *accepted* the futtocks for the Defendant is unfounded in fact. It was not within his powers to accept them in Upper Canada, where they were made; they were deliverable at Point-Lévis and at Cap-Rouge, in Lower Canada; and assuming, for a moment, that he had accepted delivery, he would manifestly have exceeded his *mandat*, and would have, in any case, failed to bind the Defendant. This would be true in any case, as the party contracting with an agent is bound to ascertain his powers. But how much more true is it in the present case, when the powers of the agent were set out in a written contract signed by himself, the Plaintiff? The difficulty between the parties arose not so much in consequence of any pretended delivery elsewhere than at the places fixed by the contract, but in consequence of the attempted delivery by the Plaintiff, at Cap-Rouge and Point-Lévis, of an article totally different from the futtocks mentioned and described in the contract. The article to be delivered under the contract was a quantity of futtocks of thirteen and fourteen inches and above that last figure, not more than one half to be thirteen inches. Such was the article sold; such was the article purchased. What was offered, with the exception of the numbers mentioned in the pleadings as being of the required size, was not only undersized, but a large portion of them was timber of an inferior quality, decayed and plugged; and many of the pieces of timber were not even futtocks, inasmuch as they were not provided with a root which forms the bend and gives it strength for the purposes of ship-building. The Defendant had purchased for that purpose, and the Plaintiff knew it. But says the judgment complained of: "Considering that "Defendant hath expressly agreed to receive anything so "marked off for her, and that she is bound by the said agree-"ment, the court doth dismiss Defendant's plea of perpetual "peremptory exception." The interpretation thus given of the contract in question does not appear to Defendant the sound, equitable interpretation which it ought to receive from a court of justice. It surely could not be meant that if Ferland marked off a piece of fire-wood as a futtock, the Defendant would be

bound to accept it as such and pay six dollars for it. The size of the futtocks was fixed by the contract, and neither Ferland nor Plaintiff had a right to depart from it in that respect. The fact is that Ferland had nothing to do with the size of the futtocks. He had been sent for the purpose of ascertaining that they were of good quality and of a make corresponding with a mould that was furnished him. How he fulfilled this duty, or rather how totally he failed to do so, appears from the evidence produced by Appellant. Ferland was the *mandataire* of Appellant; he was commissioned to inspect certain futtocks of thirteen and fourteen inches or above, and to see that they were of good quality, and upon ascertaining the latter fact, and that they fitted the mould he had in his possession, to mark them off. If, in the exercise of his duty as agent, he accepted futtocks under the size fixed by the contract he exceeded the powers confided to him by the *mandat* of the Appellant and she was not bound by his act. (1) By the *considérant* last above referred to, it is said; " that Defendant " expressly agreed to receive anything so marked off for her." Certainly, she did so expressly agree to receive anything so marked off for her, but of the sizes mentioned in the said contract. Surely it cannot be contended that, if Ferland had marked off as many inchboards as he has marked of the pretended futtocks in question in the cause, that Appellant would be bound to pay $6.00 for each. This same *considérant* goes on to say that she is bound by the agreement. So she is; but is not Respondent equally bound by the agreement in question? and if so, how could the court sanction, without violating the agreement, the delivery of an article undersized, inferior in quality, not according to mould and a portion not even futtocks?

Irvine, for Respondent: The principal question which is presented for the decision of the court is, whether Appellant was not bound by the contracts to accept all the futtocks which her agent marked off for her whether, in fact, the marking of the timber by Ferland was not an acceptance by Appellant which precluded her from afterwards objecting to any of the pieces thus accepted by her agent. It appears by the evidence of Forsyth that, when Respondent was about making his contract with Lee, he insisted that some person should be sent to Upper Canada, where the timber was to be manufactured, to receive the futtocks there, evidently intending to protect himself from any loss which he would suffer if a dispute arose after his arrival in Québec. It was accordingly stipulated that a man should be sent up to superintend the

(1) Pothier, *du Mandat*, Nos. 90 et suiv; 18 Duranton, Nos. 231 et seq.

getting out of the futtocks, "and Lee agreed to receive everything marked off for him by the man he selects to go up." It is not pretended that there was any fraud between Respondent and Appellant's agent, and it is not denied that the futtocks now sued for were all accepted by him and were delivered in Quebec within the time required. The Respondent submits that, whatever difference of opinion may exist in the minds of the witnesses as to the quality and sizes of the futtocks, the parties had agreed to submit to the judgment of Ferland and Appellant is bound by his decision.

MONDELET, Justice: Two questions arise in this case. 1° Ferland being the person sent up by Lee, to work for Respondent and superintend the getting out of the futtocks, and Lee having agreed to receive everything marked off by the man he selected to go up, and the contract between Appellant and Respondent being that one half of the futtocks would measure 13 inches and the other half 14 inches and upwards, was Appellant thereby bound to receive futtocks, which were neither of a good quality, nor of the measure agreed upon? 2 Was the marking by Ferland an acceptance, and could Plaintiff thereby allege and legally maintain that such marking by Ferland was an acceptance by Appellant? Most distinctly, I answer both questions negatively. The case then, in my opinion is narrowed down to this: Were the futtocks of the measure stipulated and agreed upon, and were they of a good and proper quality? The above, of course, is to be determined by the evidence respectively adduced by the parties. The evidence adduced by Respondent, Plaintiff in Court below, is anything but satisfactory, and surely the Court below would have been right, if it had declared good and valid, the tender made by Appellant, and dismissed Respondent's action *quant au surplus*. On reading Respondent's evidence, one is struck with the glaring fact, that these futtocks are not even by his own witnesses, who came down to Quebec, without being subpœned, evidently to bolster up Respondent's case, stated to have been measured and to have corresponded to the measure stipulated and agreed to by and between the parties. True, Ferland speaks more positively, but his evidence is altogether nullified by that of Mercier and other witnesses examined on behalf of Appellant, and by a large number of other witnesses. "Le gabari fut appliqué à 885 *futtocks*, par Lachance, en ma présence," says Mercier, "il ne s'en trouva que onze qui répondissent au gabari. Je mesurai moi-même chacun desdits *futtocks*, et le mesurage donné par Myler, dans son témoignage, est correct." "Subséquemment, vers le douze, nous nous rendîmes à la Pointe-Lévis. Dans cette occasion, j'étais accompagné de Coker et Ridley,

tous deux inspecteurs de Lloyd, de Lafrance et de Myler. Dans cette occasion, encore, Lachance appliqua le gabari à 237 morceaux de bois; il ne s'en trouva que deux qui correspondaient au gabari. Je mesurai le même bois et le mesurage fut pris sur le champ par Myler, et les mesures données par lui dans son témoignage sont correctes." Mercier states that "la plupart de ces *futtocks*, au Cap-Rouge et à la Pointe-Lévis, n'avaient que des petits bouts de racine, et c'est ce qui fait qu'ils ne pouvaient cadrer avec le gabari." It is not to be wondered at that Respondent declined cross-examining Mercier whose evidence is in all respects precise and positive, and resting upon his personal knowledge of what he testifies to. The same prudential course is had with respect to most of the other numerous witnesses examined by Appellant. It appears to me that the case of Appellant is most conclusively made out, and not even open to a doubt as to whether the futtocks were or not sound and good, and of the measure stipulated and agreed upon. The Appellant has thought proper, in her exception, to declare she offered to accept 108 pieces deliverable at Cap-Rouge, and was ready to pay for the same, at the rate of $6 per futtock, making the sum of $648, which she alleged she offered and tendered, together with the sum of $40.50 for costs, *sauf à parfaire.* As to the futtocks deliverable at *Pointe-Lévis*, Appellant refused them altogether for want of size, and measure and soundness of the wood, and offered to be delivered only on the 2nd March, 1864, instead of in the month of January and February, 1864. Such being the state of the case, this Court should either dismiss the Respondent's action altogether, in consequence of his not having accepted the *offres*, or give judgment for $648, $40.50 costs, or whatever they are, *s'il y a lieu à parfaire*, and condemn Respondent to pay all costs subsequent to the tender. The judgment of the Court below must, therefore, be reversed.

MEREDITH, Justice: The evidence establishes beyond doubt that the futtocks, for the price of which Respondent has sued Appellant, are not, even nearly, of the dimensions required by the contract between the parties. On the other hand, it is certain that all those futtocks were got out under the superintendance of Philippe Ferland, an agent named by Appellant for that purpose; and that he also marked those futtocks for Appellant as being intended for her under the contract. We have therefore to decide whether Appellant was bound to accept the futtocks so marked for her by Ferland, they not being, as to dimensions, in accordance with the contract; nor, as it is proved, fit for the purpose for which the futtocks contracted for were required. The view that I take of this matter may be stated in a few words. In contracts for the delivery

of timber, and other contracts of the same kind, there are some points that may be defined with absolute certainty by the contract itself; for instance the species and dimensions of the things to be delivered; but there are other points which cannot be defined with certainty by the contract; for instance the quality and mode of manufacture. With respect to the latter points, if the contracting parties differ when the things are tendered for acceptance, the matter must be left to the decision of some third party; and it is on this account that inspectors, cullers, and other officers of that kind, are named by law. In the present case, Appellant required a certain number of futtocks of certain dimensions, and she knew that futtocks of other dimensions would be comparatively useless to her. There was no difficulty in defining with certainty the dimensions of the futtocks to be delivered under the contract. And accordingly this was done; but it was impossible to define, with the same degree of certainty, the mode in which the futtocks should be manufactured and the qualities of the wood from which they were to be made. As to these points, as I view the contract, it was accordingly agreed that the Appellant should select a person whose decision was to be binding upon both parties; and Philippe Ferland was the person so selected. In a word, the parties made the contract their law as to the points that could be settled with certainty by the contract, for instance the dimensions of the futtocks; and they made the judgment of Ferland their law as to the points that could not be settled with certainty by the contract, for instance the quality and shape of the futtocks. I therefore think that Appellant could not refuse the futtocks marked for her by Ferland, on the ground that they are not of good quality; but, on the other hand, I think that Ferland had no power to substitute his judgment for the agreement of the parties, upon a point clearly settled by the contract; and, therefore, that his acceptance of futtocks not in accordance with the contract, as to their dimensions, is not binding upon Appellant. It appears hard that Appellant should be allowed to reject futtocks which were marked for her in Upper-Canada by a person of her own selection; but, on the other hand, Respondent knew, or at least had, from the contract, the means of knowing that he had no right to offer, and that Ferland had no power to receive, the futtocks in question; and neither the wrongful act of Respondent, nor the wrongful act of Ferland, nor of the two together, can be binding on Appellant. I therefore am of opinion that, although the futtocks were marked for Appellant by her agent, yet as they are not in accordance with the contract, as to their dimension, that Appellant was not bound to accept them;

and that the judgment of the Superior Court, which tends to compel her to do so, must be reversed.

"The Court, considering that Plaintiff hath failed to prove the material allegations of his declaration: Considering that Appellant hath, on the contrary, proved the material allegations of her exception, and namely: that the futtocks which Respondent caused to be offered to her were unsound, of a bad quality and in no wise responded to the measure agreed upon by and between Appellant and Respondent, to wit, one half thereof being under 13 inches, and the other half being under 14 inches as stipulated: Considering that the pretended acceptance by Philippe Ferland, who marked the futtocks as receivable, is not binding upon Appellant, inasmuch as Ferland had no power or authority to receive such futtocks as were not of the measure and quality stipulated between Appellant and Respondent: Considering, nevertheless, that Appellant hath thought fit and advisable to declare her acceptance of 108 pieces of the said futtocks delivered at *Cap-Rouge*, and her readiness to pay for the same, at the rate of six dollars for each such futtock, making the sum of $648 which she has since the institution of Respondent's action, duly offered, together with a further sum of $40.50 for costs, *sauf à parfaire*: Considering that Respondent cannot in law recover of and from Appellant more than the above mentioned sum of $648, together with the further sum of $40.50 for costs incurred on his action, *sauf à parfaire*, if any additional costs be legally recoverable, there is, in the judgment rendered by the Superior Court for the district of Quebec, of the 19th day of April, 1865, error, and the same should be reversed, and is, by this court, reversed, annulled and set aside, and this court proceeding to render the judgment which the said Superior Court should have rendered, it is hereby adjudged that Appellant be, and she is hereby condemned, to pay and satisfy to Respondent, the sum of $648, together with $40.50, for costs up to the day, the sum of $648 was duly offered to Respondent, and which offer this court declares good and valid, *sauf à parfaire*, on taxation of costs. And it is further adjudged that Respondent do pay to Appellant all costs incurred by said Appellant since said offer, as well in the Court below as in this court. (16 *D. T. B. C.*, p. 243.)

LELIÈVRE, Q. C., for Appellant.

HOLT and IRVINE, for Respondent.

QUO WARRANTO.

SUPERIOR COURT, Quebec, 16 janvier 1866.

SITTINGS IN VACATION.

Before TASCHEREAU, Justice.

GIBB, Plaintiff, *vs.* POSTON, Defendant.

Jugé : 1° Que, pour autoriser l'émanation d'un bref de la nature d'un *quo warranto*, un affidavit établissant *prima facie* cause suffisante doit être produit.

2° Que l'enregistrement de votes illégaux en sa faveur n'annulera pas *per se* l'élection du candidat, à moins qu'il ne soit allégué et prouvé qu'un autre candidat avait un plus grand nombre de votes légaux enregistrés en sa faveur à cette élection.

TASCHEREAU, Justice : A petition has been presented to me on behalf of James Gibb, in which it is alleged that Gibb was and had been, before the 12th day of December last, and has continued to be since that day, a subscriber to the capital stock of the Union Bank, and as such interested n the office of director of the institution ; that a meeting o' the subscribers took place upon that day for the election of a board of Directors to replace the provisional board, up to that time managing the affairs of the Bank. That, upon the said 12th day of December last, Edward Poston usurped, intruded into and unlawfully held and exercised the office and franchise of a director of the bank and, together with others also pretending to be directors of the said bank, hath since continued to act as director of the Bank. That Gibb was desirous of preventing the further continuance of Poston in his usurpation of and intrusion into the office and franchise of a director of the bank. Gibb concluded for the issuing of a writ commanding Poston to appear and answer his petition and to show the authority under which he acted and assumed to hold and exercise the office of director, and praying for his expulsion from the office. Gibb's petition was supported by two affidavits, his own and one sworn to by William Home. In Gibb's affidavit, he only swears that he (Gibb) is and has been a shareholder or subscriber, and that, since the 12th day of December last, Poston has filled the office of director, without in any way saying that Poston has illegally filled the office. Home's affidavit is much stronger. He swears that at a meeting of the shareholders, which took place on the 12th December, for the election of directors pursuant to notice, scrutineers were named and that a number of persons present at the meeting ordered that the voting or ballot tickets should be issued by the scrutineers. That the ballot tickets were issued by the scrutineers, in favor of persons whose names stood in the list

of subscribers, but who were not present at the meeting, and were delivered by the scrutineers to persons who claimed to hold proxies of the absent shareholders. That Burstall and Mountain, two of the provisional directors, had protested against the issuing of the ballot tickets and the voting of the proxies, but that notwithstanding this protest the votes were taken and counted; that the number of votes so given by proxies for absent subscribers was very great, and that more than one-half of the votes given at the meeting, and recorded for the election of Poston, were votes given by proxy: Poston, moved to quash the writ. The principal ground of the motion is that the affidavits in support of the petition required by law are insufficient, and do not contain allegations of sufficient force to justify the issuing of a writ in the nature of a *quo warranto*. The first question which presents itself, is: Should the affidavits in support of similar petition be so clear and ample as to establish all the facts of the alleged illegallity of the proceedings complained of? and the answer to this must be that this fulness of the affidavit is unnecessary where the petition itself does not fully set forth the fact. But Gibb's affidavit does not even say that Poston fills the position of director of the Union Bank without a full right to do so. Home's affidavit is much more ample and explicit; but it only amounts to this that, at the meeting of stockholders of the bank, for the election of directors, subscribers bearing powers of attorney or proxies for absent stockholders, were allowed to vote and that a great number of these votes were counted in favor of Poston. It is not alleged in the petition or affidavit that any other person had a greater number of legal votes than Poston (I do not here decide the question of the legality of voting by proxy). It is simply alleged that Poston had a number of illegal votes polled in his favour. I cannot admit the principles here attempted to be set forth, viz: that the polling of illegal votes in favour of a candidate will *per se* annul his election. If Poston had been the only candidate and had all the legal votes, would the casting of one, or two, or more illegal votes in his favour annul his election? Clearly not. In Angel & Ames, on Corporations, page 101, of the edition of 1856, this question is clearly decided. Home, in his affidavit, goes a great length. He says that more than half the votes given for Poston were proxy votes; but he ought to have gone further and said that after deducting these votes which had been given by proxy in favour of Poston from the total number polled in his favour, he, Poston, would have been in a minority of votes polled and some other person would have been elected as director of the institution; further, an approximate idea of the number of votes

polled for and against Poston should have been given. It was objected on the part of Plaintiff that there was no way by which the number of votes could be established, inasmuch as the election was conducted by ballot, but I deny this. The voting tickets ought not to be destroyed at once. It was urged at the argument that where a simple doubt of illegality in the conduct or proceedings at an election was left upon the mind of the Judge, he would be justified in ordering the issue of the writ obtained by Plaintiff, and in support of this, Williams' Abridgment, page 228, was cited. But, in this case, there can be no doubt of the insufficiency of the affidavits. The motion to quash must therefore be granted and the proceedings dismissed.

JUDGMENT : " The Court, considering that no legal affidavit was presented in support of the petition, doth grant the motion and thereupon doth quash and make void the writ and order and doth dismiss the present action." (16 *D. T. B. C.*, p. 257.

CASAULT, LANGLOIS & ANGERS, for Plaintiff.
STUART, O'KILL, Q. C., & ALLEYN, Q. C., Counsel.
HOLT & IRVINE, for Defendant.
LELIEVRE, Q. C., Counsel.

APPEL PAR UNE FEMME MARIEE.

COUR DU BANC DE LA REINE, Montréal, 4 septembre 1865.

Coram DUVAL, C. J., AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., et MONDELET, J. A.

WALKER *et vir* *vs.* LE MAIRE ET LE CONSEIL DE LA VILLE DE SOREL.

Jugé : Que la femme séparée de biens peut interjeter appel d'un jugement rendu contre elle après le délai de l'an et jour expiré durant la vie de son mari. (1)

L'Appelante avait porté une action pétitoire contre les Intimés devant la Cour Supérieure dans le district de Richelieu. Cette action avait été renvoyée sur une défense au fond en droit, le 12 janvier 1864. Ce ne fut que, le 17 de mars 1865, que l'Appelante autorisée de son mari interjeta appel de ce jugement. Le 1er juin 1865, les Intimés firent motion pour le renvoi de cet appel, pour les raisons suivantes : 1o. Parce qu'il s'est écoulé plus d'un an entre la date du prononcé du juge-

(1) V. art. 1118 C. P. C.

ment final dont est appel, rendu le 12 janvier 1864, et celle de l'émanation du Bref d'Appel, le 17 mars dernier. 2o. En autant que le délai accordé pour interjeter un tel appel était passé et écoulé lors de l'émanation du bref d'Appel. 3o. En autant enfin que les Appelants ne peuvent aucunement se prévaloir d'aucune incapacité légale. (1) Les Intimés prétendaient que vu que la prescription court contre la femme mariée séparée de biens (2 Troplong, *Prescription*, No. 779), il s'ensuivait qu'elle était tenue d'interjeter appel dedans le délai d'un an conformément aux dispositions du chap. 77 des Statuts Refondus pour le Bas-Canada, sec. 27 et 55, et que ces dispositions ne devaient s'appliquer qu'aux cas des femmes mariées communes en biens à l'égard desquelles la prescription ne court pas et de celles qui n'avaient pas été parties principales au procès.

PER CURIAM : Comme le Statut ne fait aucune distinction de la nature de celle invoquée par les Intimés, leur motion est rejetée avec dépens. (10 *J.*, p. 77.)

GIROUARD, avocat de l'Appelante

LAFRENAYE et BRUNEAU, avocats des Intimés.

EXCEPTION A LA FORME.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 8 mars 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, MEREDITH, DRUMMOND, et MONDELET, Juges.

WALKER *et vir*, Appelants, *et* LA CORPORATION DE LA VILLE DE SOREL, Intimée.

Jugé : Que le défaut d'allégation, dans une demande par une femme séparée de biens contractuellement de son mari, du titre établissant cette séparation, doit être invoqué par exception à la forme, et non par défense au fond en droit. (2)

Dans le bref de sommation et dans la déclaration, les Appelants étaient décrits comme suit : " Dame Mary Walker, de " la ville de Sorel, dans le district de Richelieu, épouse con-" tractuellement séparée de biens de John-George Crébassa, " notaire public, du même lieu, et ledit John-George Crébassa, " en autant que besoin est pour autoriser sadite épouse." Il n'y avait dans la déclaration aucune autre énonciation de cette séparation contractuelle. Les Intimés plaidèrent une défense en droit appuyée des moyens suivants : 1o. Parce que

(1) *Vide* ch. 77, sec. 27 et sec. 55, Statuts Refondus B. C.

(2) V. art. 116 et 147 C. P. C.

rien ne fait voir que Mary Walker ait un droit d'action. 2o. Parce que rien ne fait voir qu'elle ait pu acquérir aucun domaine de propriété dans les immeubles revendiqués. 3o. Parce que rien ne fait voir qu'elle ne soit pas commune en biens avec son époux. 4o. Parce qu'il n'est aucunement démontré qu'elle soit, ou ait jamais été, séparée de biens de son époux, en aucun temps que ce soit, ni d'aucune manière que ce puisse être. 5o. Parce qu'il n'est aucunement démontré comment et en vertu de quels titres elle ait pu acquérir les immeubles revendiqués par elle. 6o. Parce que, d'après toutes les allégations de la déclaration, il n'appert pas qu'elle soit propriétaire desdits immeubles, ou d'aucune partie d'iceux. 7o. Parce que les Demandeurs n'exposent aucun droit d'action dans leurs déclaration. Cette défense en droit fut maintenue par le jugement rendu par M. l'assistant juge Laberge, le 12 de janvier 1864, et dont suivent les considérants : " La Cour-considérant que la présente action est intentée par Mary Walker, comme épouse séparée de biens contractuellement d'avec John-George Crébassa, son mari. Considérant que John-George Crébassa n'est partie dans la présente action qu'en autant que besoin est pour autoriser la Demanderesse. Considérant que la qualité de femme séparée de biens, prise par la Demanderesse dans la présente action, est exorbitante du droit commun, ne peut être prise de plein droit et aurait dû être spécialement alléguée par les Demandeurs dans la déclaration. Considérant, que, dans la déclaration, les Demandeurs n'ont allégué et fait voir aucun droit de la Demanderesse d'ester en justice et d'instituer la présente action comme séparée de biens d'avec son mari, n'alléguant pas ladite séparation et comment elle s'est opérée. Considérant que, par suite, la déclaration faite par les Demandeurs ne contient pas des allégations suffisantes en loi pour en justifier et maintenir les conclusions, en autant que les réclamations faites sont exclusivement faites du chef de la Demanderesse seule, maintient la défense au fond en droit et renvoie ladite action."

La Cour d'Appel a infirmé cette décision. Voici les remarques du juge Meredith en Cour d'Appel.

MEREDITH, J.: The rule on this subject, as I have always understood it, is this: " That matter essential entirely omitted is the subject of a *défense en droit*, but that matter essential imperfectly stated is the subject of an *exception à la forme*." (*Wagner et al.* vs. *Farran*, 2 R. J. R. Q., p. 283.) Applying this rule to the present case, if Respondent had any reason to complain (a point which we are not called upon to decide), there should have been filed, not a *défense en droit*, but an *exception à la forme*, and, therefore, the judgment maintaining the *défense au fond en droit*, ought to be reversed.

Le jugement de la Cour d'Appel est motivé comme suit : " La Cour, 1o. Considérant que l'Appelante dans sa déclaration, a poursuivi en sa qualité " d'épouse contractuellement séparée de biens de John-George Crébassa, et que Crébassa ne paraît dans la cause comme Demandeur, " qu'en autant que besoin est pour autoriser sadite épouse " : 2o. Attendu que, par une défense en droit, la partie Intimée a soutenue que la déclaration était insuffisante, en autant que l'Appelante ne citait pas le contrat de mariage entre elle et son époux : 3o. Considérant que le seul moyen de faire valoir l'objection que les Intimés voulaient soutenir, était de le faire par voie d'exception à la forme, indiquant l'absence du titre de la séparation contractuelle alléguée, savoir : le contrat de mariage, et en conséquence attaquant la suffisance de la déclaration de l'Appelante pour le manque de l'énonciation de tel titre : 4°. Considérant que, par le jugement rendu à Sorel, le 12 janvier, 1864, dans la Cour de première instance, maintenant ladite défense en droit et renvoyant la demande de l'Appelante, il y a mal jugé : Il est ordonné par la Cour que ledit jugement soit infirmé, et procédant à rendre le jugement du tribunal, il est ordonné que la défense au fond en droit soit renvoyée. (16 *D. T. B. C.*, p. 264 ; 5 *R. L.*, p. 66, et 2 *L. C. L. J.*, p. 22.)

GIROUARD, pour les Appelants.

LAFRENAYE and ARMSTRONG, pour les Intimés.

COMPETENCE.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL,

Montréal, 8 mars 1866.

Coram DUVAL, C. J., AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., et MONDELET, J. A.

HARNOIS *vs.* SAINT-JEAN.

Jugé : Que l'action en séparation de biens est valablement intentée dans le district où le Défendeur est assigné *personnellement*, conformément aux dispositions de la section 26 du chapitre 82 des Statuts Refondus pour le Bas-Canada. (1)

L'Appelante avait poursuivi le Défendeur en séparation de biens. L'action avait été signifiée à l'Intimé, le 13 octobre 1874, *personnellement*, en la cité de Montréal. Il fit défaut. Le jugement de la Cour Supérieure, à Montréal, débouta l'Appelante de sa demande comme suit : " La Cour ayant entendu

(1) L'action en séparation de biens doit être intentée dans le district où les parties ont leur domicile. (*Kennedy vs. Bédard*, C. S., Montréal, 30 juin 1859, BERTHELOT, J., 3 *J.*, p. 284). Voir art. 35 C. P. C.

la Demanderesse, le Défendeur ayant fait défaut, considérant que les parties ont contracté mariage en la paroisse de Lavaltrie, district de Richelieu, en février 1860, où elles ont eu depuis, et avaient encore au temps de l'institution de cette action, leur domicile, et que l'action de la Demanderesse contre le Défendeur, son mari, en séparation de biens, devait être intentée dans le district où les parties ont eu depuis leur mariage et ont encore domicile, a renvoyé le Demandeur de sa demande, pour se pourvoir dans le district qu'il appartiendra." Le jugement de la Cour d'Appel est motivé comme suit: La Cour, après avoir entendu l'Appelante *ex parte*, par son avocat, sur le mérite, l'Intimé ne comparaissant pas, considérant qu'aux termes du chapitre 82, sec. 26, des Statuts Refondus du Bas-Canada, l'Intimé, Défendeur en cour de première instance, bien que, lors de l'assignation à lui faite en cette cause, fût domicilié ainsi que l'Appelante, son épouse, dans le district de Richelieu où ils ont contracté mariage, a pu légalement être assigné dans un autre district, pourvu que l'assignation lui fût faite *personnellement* ; considérant que le Défendeur a été bien et dûment assigné personnellement en la cité de Montréal, dans le district de Montréal, à comparaître en la Cour Supérieure du district de Montréal, par sadite épouse, *en séparation de biens*, de laquelle assignation, au reste, le Défendeur ne s'est pas plaint ; considérant qu'il résulte de ce qui précède, qu'il y a erreur dans le jugement dont est appel, rendu par la Cour Supérieure siégeant en la cité de Montréal, le 30 juin 1865, déboutant ladite action en séparation de biens, cette cour casse, annule et met au néant ledit jugement, et, procédant à rendre le jugement qu'aurait dû rendre ladite Cour Supérieure, ordonne que la Demanderesse Appelante sera et demeurera du jour de sa demande, savoir, le 13 octobre 1865, séparée quant aux biens d'avec le Défendeur, etc., et la cour condamne le Défendeur à tous les dépens, etc." (10 *J.*, p. 76 ; 16 *D. T. B. C.*, p. 255, et 2 *L. C. L. J.*, p. 19)

E. U. PICHÉ, avocat de l'Appelante.

EFFETS DU DECRET.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 20 décembre 1865.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

PATTON, Appelant, *et* MORIN, Intimé.

Jugé : 1o. Que le décret purge un immeuble de tous les droits de propriété, excepté dans le cas où le propriétaire est, lors du décret, en possession de l'immeuble saisi *super non domino*.

2o. Que si, au moment de la saisie d'un immeuble, le vrai propriétaire n'en est pas en possession, il doit, pour conserver son droit de propriété, s'opposer à la vente par les moyens ordinaires. (1)

L'action était au pétitoire. Le Demandeur se prétendait propriétaire d'un immeuble situé à la Pointe-Lévis, et il alléguait que, vers le commencement d'avril, 1863, l'Intimé, s'était illégalement emparé d'une partie dudit immeuble, qu'il en gardait injustement et malgré lui la possession ; puis il prenait les conclusions ordinaires d'une action pétitoire. Les principaux faits de l'exception péremptoire de l'Intimé peuvent se résumer comme suit : Qu'il avait acheté ce terrain de F. Lemieux, par acte notarié du 18 juin, 1863, qui lui-même l'avait acquis du shérif à une vente faite en justice le 31 janvier, 1861, dans une cause de *Frémont* vs. *Octeau* ; que cette vente du shérif avait été faite sans aucune charge ni distraction, et après l'observation de toutes les formalités ordinaires et requises par la loi ; que Octeau, dont l'immeuble avait été vendu en justice, l'avait acquis par actes notariés en date du 3 mai, 1836, et du 22 septembre, 1837 ; qu'à compter des dates respectives de ces deux actes de vente, Octeau avait possédé la totalité dudit immeuble à titre de propriétaire, de bonne foi, franchement et sans inquiétation, jusqu'à la vente par décret qui en avait été faite sur lui, et que depuis c'était Lemieux et ensuite l'Intimé, qui l'avaient possédée ; outre ces titres et ces possessions, l'exception contenait trois allégations distinctes, invoquant au nom de chacun de ces trois propriétaires successifs, la prescription de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents. L'Appelant répondit spécialement qu'il avait possédé cet immeuble depuis le 1 mai, 1847 ; que l'adjudication du shérif invoquée par l'Intimé avait été faite *super non domino*, et que la vente faite à Octeau, le 3 mai, 1836, était illégale à la connaissance de Octeau, parce qu'elle avait été faite par une personne non autorisée à la faire, que Octeau avait lui-même reconnu cette nullité, en reconnaissant l'Appelant pour propriétaire de l'immeuble, et qu'il était convenu

(1) V. art. 632 et 706 C. P. C.

d'en abandonner la possession aussitôt requis; qu'en conséquence de la description erronée des immeubles annoncés pour être vendus par décret sur Simon Octeau, l'Appelant n'avait eu aucune connaissance que la propriété, décrite dans sa déclaration et qu'il réclamait par son action, s'y trouvait comprise. Il résultait de la preuve que Simon Octeau avait possédé le terrain en litige depuis 1836, et qu'après avoir fait un grand nombre d'actes de possession, il hypothéqua ce terrain pour un montant considérable. L'Intimé prétendit que, même en supposant que le titre de l'Appelant lui conférait la propriété du terrain, qu'il n'avait pas pris la précaution de s'en mettre en possession, ni de s'y maintenir jusqu'au décret, que cette omission devait lui être fatale, d'autant plus qu'il avait induit le public en erreur en laissant Octeau en possession du terrain et en le laissant même vendre par décret sans s'y opposer. L'Intimé, après discussion des faits ci-dessus, cita à son appui Pothier, *Proc. Civile*, vol. 7, pp. 207, 265, qui dit: " La *saisie réelle* doit se faire sur le propriétaire de l'héritage; une saisie faite *super non domino* est nulle." " Observez, néanmoins, qu'on entend par propriétaire, non pas seulement celui qui l'est dans la vente, mais encore celui qui possède l'héritage *animo domini*, soit qu'il en soit véritablement propriétaire, soit qu'il ne le soit pas; car il est réputé l'être lorsque le véritable propriétaire ne réclame pas; ce qui suffit pour que la saisie faite sur lui soit valable, et purge même le droit du véritable propriétaire, s'il ne s'y oppose pas." " Un tiers peut aussi interjeter appel du décret s'il prétend qu'on a mal à propos compris dans l'adjudication quelque chose qui lui appartenait, et dont il était en possession, je dis *dont il était* en possession, car s'il n'en était pas en possession, que la saisie eût été faite sur celui qui possédait cette chose, ce propriétaire doit s'imputer de ne s'être pas opposé à fin de distraire; le décret a purgé son droit de propriété; si néanmoins son droit était un de ceux qui ne se purgent pas par le décret, il pourrait interjeter appel de l'adjudication." (1)

MONDELET, Juge: Je suis d'avis que le jugement dont est appel doit être confirmé. Ce terrain que Simon Octeau a, le 3 mai 1836, acquis de Joseph Guay, fils, a été dûment livré à Octeau qui en a joui publiquement jusqu'au 31 janvier 1861, qui est le jour que le shérif a vendu l'immeuble en question dans cette cause et revendiqué par l'Appelant. Cette vente par le shérif de Québec a eu lieu dans une cause à la poursuite de Catherine Frémont contre Octeau, qui en était alors propriétaire et en possession. François Lemieux en devint adju-

(1) Pigeau, *Procédure Civile*, vol. 1, pp. 779; Stats. Refondus du B. C., ch. 85, sec. 4, sous-sec. 3.

dicataire. L'Intimé a acquis ce lot de François Lemieux, le 13 avril 1863, et en a pris possession. Je ne vois pas à Duncan Patton, l'Appelant, l'ombre de droit à ce terrain, supposant même qu'il l'ait acquis de Lucie Guay, attendu que Simon Octeau, soit de son consentement exprès, ou à son vu et su, en est demeuré en possession et en était publiquement réputé le propriétaire jusqu'à la vente et l'adjudication sur lui qu'en a fait le shérif à François Lemieux, et que si toutefois l'Appelant y avait un droit de propriété il l'a perdu faute par lui de l'avoir fait valoir par opposition au décret. N'y eut-il rien de ce qui précède, jamais il n'eut été possible d'exécuter un jugement qui aurait été calqué sur la déclaration du Demandeur, dans laquelle, outre qu'il n'y a pas d'allégation de saisine, la description de l'immeuble revendiqué n'indique ni la superficie, ni la figure de la partie du terrain dont il est allégué que le Défendeur s'est emparé. J'opine donc pour la confirmation du jugement dont est appel, par lequel a bien et dûment été déboutée l'action de l'Appelant, Demandeur en Cour de première instance.

La Cour d'Appel fut unanime à confirmer le jugement prononcé en Cour Inférieure, par TASCHEREAU, Juge, le 4 février, 1865, et dont voici la teneur: "La Cour, considérant que, le trois mai, 1836, par acte fait et passé à la Pointe-Lévis, pardevant, J. B. Couillard et son confrère, notaires publics, Simon Octeau a acquis de Joseph Guay, fils, un immeuble désigné audit acte comme suit : (*désignation*), et que Octeau a eu tradition dudit immeuble, en a joui publiquement jusqu'au 31 janvier, 1861. Considérant que, le 31 janvier, 1861, l'immeuble revendiqué, formant partie de celui vendu à Octeau par l'acte de cette vente ci-dessus mentionné, a été vendu par le shérif du district de Quebec, dans une cause sous le No. 1327, où Simon Octeau était Défendeur, et fut adjugé, ledit jour, à François Lemieux. Considérant que François Lemieux a, le 13 juin, 1863, par acte fait et passé à Saint-Joseph-de-la-Pointe-Lévis, pardevant maître F. M. Guay et son confrère, notaires publics, vendu au Défendeur l'immeuble susdit, à lui adjugé comme susdit par le shérif du district de Québec. Considérant qu'en vertu de ladite vente et adjudication le Défendeur a pris possession dudit immeuble et le possède encore. Considérant que le Demandeur, Patton, en supposant même qu'il eut un titre valable de propriété audit immeuble, a constamment laissé Octeau en possession paisible et publique dudit immeuble, et que ledit immeuble a été saisi et vendu par le shérif du district susdit comme lui appartenant et *de facto* en sa possession. Considérant que le Demandeur devait se porter Opposant à la saisie et vente dudit immeuble, mais qu'au contraire il a laissé vendre et adjuger ledit immeuble

en justice sans formuler sa plainte et s'opposer à ladite saisie et vente. Considérant que, lors de la saisie et vente dudit immeuble par le shérif, Octeau était considéré comme propriétaire, et qu'en autant la saisie faite sur lui était valable, et que l'adjudication faite sous de telles circonstances doit même purger les droits du propriétaire, s'il ne s'y est pas opposé. Considérant que la vente judiciaire, accompagnée des formalités légales, doit être respectée et ne peut être révoquée en doute sans porter atteinte à l'efficacité d'un titre accordé par la main de la justice, la Cour maintient la défense du Défendeur et renvoie l'action du Demandeur, etc. (16 *D. T. B. C.*, p. 267.)

CAMPBELL & HAMILTON, pour l'Appelant.
CASAULT, LANGLOIS & ANGERS, pour l'Intimé.

QUO WARRANTO.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 21 mars 1866.

SÉANCES EN VACANCE.

Présent: TASCHEREAU, Juge.

HENRY, Demandeur, *vs.* SIMARD, Défendeur.

Jugé: 1° Que la Cour Supérieure, ou un juge de telle cour en vacance, a juridiction, en vertu du Stat. Ref. du B. C., chap. 88, de s'enquérir, sur requête libellée présentée à cet effet, de la validité de l'élection d'un directeur d'une banque, en autant qu'une banque incorporée doit être considérée comme corporation publique.

2° Que le bref de la nature d'un bref de *quo warranto*, émanant en vertu des dispositions dudit Stat. Ref. du B. C., chap. 88, doit être adressé à un huissier de la Cour Supérieure, pour être par lui signifié et rapporté et non adressé au Défendeur dans la cause.

3° Que, dans l'espèce, les affidavits produits au soutien de la déclaration, ou requête libellée, du Demandeur, étaient suffisants. (1)

TASCHEREAU, Juge: La requête libellée présentée par le requérant, Joseph-Wilson Henry, contre le Défendeur, George-Honoré Simard, est fondé sur le chapitre 88 des Statuts Refondus du Bas-Canada, intitulé: " Acte pour sauvegarder " les droits de corporation et en assurer l'exercice." Par cette requête, le Requérant se plaint que le Défendeur a usurpé et pris sans permission et continue à détenir et exercer illégalement la charge et franchise de directeur de la banque Union du Bas-Canada, corporation et corps politique, incorporé sous ce nom par l'acte du parlement de cette province, 29 Vic., ch. 75, et le requérant conclut à ce que Simard soit sommé de

(1) V. art. 997, 998 et 1016 C. P. C.

comparaître et montrer en vertu de quelle autorité il prétend tenir et exercer la charge et franchise de directeur de cette banque, et à ce qu'il soit, par le jugement de cette cour, dit et déclaré que Simard n'a aucun droit légal ou titre à ladite charge ou franchise de directeur de la banque, et qu'il en soit dépossédé et exclus, et condamné à payer au receveur général une somme de $400, comme amende, avec dépens. La requête est annexée au bref de sommation adressé à Simard lui-même, lui commandant de comparaître devant un des juges de la Cour Supérieure pour le Bas-Canada, le 29 janvier, 1866, pour répondre à la requête libellée ci-dessus énoncée, et le tout fut signifié à Simard, le 24 janvier, même année. Le Défendeur rencontre cette demande de trois manières : 1° Par une exception déclinatoire. 2° Par une exception péremptoire à la forme. 3° Par une motion demandant que le bref de sommation et la requête soient renvoyés et mis à néant, par suite de l'insuffisance des affidavits produits au soutien de la requête, tel que requis par le chap. 88 des Stats. Ref. du Bas-Canada. Les prétentions du Défendeur sont, en peu de mots, les suivantes, quant à l'exception déclinatoire, savoir: que le chap. 88, ci-dessus mentionné, ne s'applique qu'aux corporations publiques, et non aux corporations privées, que la Banque Union du Bas-Canada est une corporation privée ; qu'en Angleterre l'information de la nature d'un *quo warranto* ne s'accordait pas pour obtenir justice contre une corporation privée, au moins à la demande d'un simple individu, quoique le Roi eut le droit d'adopter la procédure, et que ce n'est que dans les Etats-Unis d'Amérique, que cette procédure a été permise à un individu contre des corporations privées, telles que banques, compagnies de chemins de fer et autres corporations de même nature. Le Défendeur a aussi prétendu que le chap. 88 ci-dessus ne faisait que changer la forme de la procédure, n'était pas introductif d'un droit nouveau, ou en d'autres mots, n'étendait pas à une corporation de la nature de cette banque Union, les droits que l'on pouvait exercer au moyen du *quo warranto* en Angleterre contre les corporations publiques. Il n'est pas à ma connaissance que cette question importante ait jamais été soulevée dans ce pays, au moins je n'en vois aucun rapport, et nul doute que, si une décision quelconque eût été prononcée sur cette question vraiment importante et qui n'est pas exempte de difficulté, les savants et habiles avocats de l'un ou de l'autre côté de la cause n'auraient pas omis de la compulser, ni de la citer au soutien de leurs prétentions. Il me faut rencontrer la question comme question nouvelle devant nos tribunaux jusqu'à ce jour et la résoudre à l'aide, tant de notre législation provinciale, qu'à l'aide de la loi impériale, et des mille et un précédents anglais que l'on peut

citer sur la matière, et des autorités des commentateurs américains. Il faudra voir : 1° Si, avant notre législation particulière, introduite par le chap. 88 des Stats. Refondus du B. C., un simple particulier pouvait obtenir une information de la nature d'un bref de *quo warranto* pour les mêmes causes que celles énoncées en la requête actuelle. 2° Si notre législation même ne va pas plus loin et ne favorise pas plus l'exercice du bref, en ne distinguant pas entre corporations publiques et privées, et si la franchise que possède la Banque Union par sa direction est un de ces droits légaux dont l'usurpation illégale donne droit à l'obtention d'une information de la nature d'un *quo warranto.* Il faut poser pour base de notre examen qu'avant l'existence de notre loi provinciale consacrée par le chap. 88 de nos Stats. Ref. B. C., la loi anglaise nous gouvernait exclusivement sur la question de l'émanation d'un tel bref, sur la manière et les conditions de son émanation. Le statut 4 et 5 William and Mary, chap. 18, et la 9 Anne, chap. 20, étaient l'autorité sur la matière, mais indépendamment de ces statuts, en vertu de la loi commune, les tribunaux avaient le droit d'accorder à un individu une information de la nature d'un *quo warranto,* sur demande qu'il en faisait en alléguant l'usurpation d'une franchise au détriment du public. Ce droit était discrétionnaire dans le juge qui pouvait l'accorder ou le refuser suivant les circonstances et suivant l'intérêt que le requérant montrait ainsi en la question, et l'on voit que dans plusieurs cas les tribunaux ont refusé à un simple particulier l'information demandée, le laissant à exercer son recours au moyen du procureur-général qui devait alors lui-même faire la demande en son nom et suivant sa discrétion. On voit quelques exemples de cette discrétion des tribunaux à accorder ou refuser cette information dans le 14e vol. Law Library ; et à la page 118 de Cole, *on Criminal informations,* on retrouve les paroles du Juge-en-Chef, Lord HARDWICKE, savoir : " Que " la Cour faisait cette distinction, d'accorder l'information " pour usurpation publique, mais que si l'usurpation n'était " que d'une franchise privée, ne concernant pas le gouverne- " ment public, la Cour avait quelquefois refusé l'information " et ordonné que la demande s'en fît au procureur-général : " pour me servir du langage du Juge-en-Chef Tilghman, rapporté par Angell et Ames à la page 694 de leur ouvrage sur les corporations, lord Hardwicke ne nie pas le droit de la Cour d'accorder cette information, mais au contraire il consacre ce droit. La même citation d'Angell et Ames établit l'existence de ce droit aux Etats-Unis d'Amérique comme consacré par les décisions des tribunaux de la république et rapporte encore les paroles du même Juge TILGHMAN en prononçant jugement dans la cause citée, savoir : " Je ne trouve aucun

" exemple d'une information de la nature d'un *quo warranto* " en Angleterre, excepté dans le cas de l'usurpation de la pré- " rogative du Roi, ou d'une de ses franchises, ou lorsque le " public ou au moins un grand nombre de personnes sont inté- " ressées ;" et après avoir cité le cas des banques, chemins à barrières, canaux, compagnies de ponts, qui, quoique dénommés corporations privées, sont cependant d'une nature publique, il termine en disant : " J'incline fortement vers l'opinion que dans " tous les cas où il existe une charte et lorsque la question s'élève " concernant l'exercice d'une charge réclamée en vertu de cette " charte, la Court peut, dans tous ces cas, dans sa discrétion, " accorder l'information de la nature du *quo warranto*, par- " ce que dans tous ces cas, quoiqu'on ne puisse pas stricte- " ment dire que la prérogative de l'état a été usurpée, cepen- " dant, ce qui est à peu près la même chose, le privilège ac- " cordé par l'état a été mal exercé. Celui contre qui l'informa- " tion est demandée ne tient ses droits que de l'état (ou de la " loi) et un droit non fondé est une usurpation (sous prétexte " d'une charte) d'un droit qui ne lui fut pas accordé." Au même ouvrage de Cole, p. 162, on voit que de semblables informations furent accordées contre les personnes qui dans un cas réclamaient l'exercice de la charge de " Master of the Fellowship of the Pattern Makers' Company of the city of London, Master of the Merchant Tailors' Company in London, Master of the Company of Coopers of London ;" ou le cas de celui qui demandait à être membre " of the Company of Tailors in Lichfield ;" car, dit M. Cole, ces charges sont liées aux franchises politiques. Soit dit en passant, que par l'acte d'incorporation de la Banque Union du Bas-Canada, elle est instituée et déclarée corporation et corps politique, avec succession perpétuelle, sujet au disposition du chapitre 54 des Statuts Refondus du Canada, intitulé, " Acte concernant les Banques Incorporées," et aux dispositions de l'acte de la 24 Victoria, chap. 23, avec pouvoir général et commun à toutes banques d'émettre des billets, etc., etc., et sous la réserve que tous les pouvoirs et privilèges confiés à cette banque soient sujets à toute législation future du parlement, et que l'acte créant cette banque est un acte public. Quelle est la nature de la corporation en question en cette cause ? Est-elle strictement publique ou privée ? Pour résoudre cette question, voyons comment elle a été constituée, dans quel but, quels sont ses attributs, ses privilèges, ses obligations, ses devoirs, vis-à-vis l'état et les citoyens en général ? Comme nous l'avons vu, la Banque Union du Bas-Canada a été incorporée par l'acte 29 Vict., chap. 75, et déclarée être corporation et corps politique, avec succession perpétuelle, un sceau social, pouvant poursuivre et être poursuivie comme les autres corporations,

pouvant acquérir des biens meubles et immeubles pour l'administration de ses affaires, n'excédant pas la valeur annuelle de $10,000, devant procéder de certaine manière à l'élection des directeurs, qui choisiront un président et un vice-président, qui occuperont leurs charges pendant une année, les directeurs devant être domiciliés en cette province et être sujets britanniques et être élus en la manière et après l'observation des formalités prescrites par l'acte, devant pourvoir au remplacement de ses directeurs, et fixant le mode de l'élection, la convocation des assemblées, le quorum des directeurs, obligeant les directeurs à faire des dividendes semi-annuels, prohibant l'émission d'aucun billet, avant que $100,000 ne seraient déposées, fixant à Québec le siège des affaires, limitant à certaines transactions celles que la Banque pourra faire, limitant le montant des billets à émettre ainsi que le taux des escomptes, permettant la rétention d'un droit d'escompte sur billet, annulant la charte de la Banque et ses privilèges dans le cas de suspension de paiement, fixant au double des actions des actionnaires leur responsabilité individuelle, obligeant la Banque à fournir des états des affaires de la Banque aux actionnaires, dont copie au gouverneur de la province, prohibant de prêter à des puissances étrangères à peine de dissolution, soumettant à une législation future l'acte d'incorporation ainsi que les pouvoirs et privilèges qu'il confère, et enfin déclarant l'acte un acte public. Nous trouvons dans Grant, on Corporations (page 9, chiffre de parenthèse), la définition du caractère privé ou public des corporations, en ces mots : " Private " corporations are where a body of traders, or a scientific or " other society aiming only at objects of their own and not contemplating the conferring any immediate benefit on the public, " or the taking upon themselves any public government, duty, " or responsability, are incorporated by charter. Such body, " however, if incorporated by public acts of parliament, must " be regarded as a public corporation. Public corporations are " such as are established (mostly of late years by act of parliament) to serve great purposes of state and holding out " advantages and benefit, either to the public without restriction, or to every one who chooses to comply with their conditions. Such are the Bank of England, the East India " Company, the Railway, Light, Water, Coke, and other companies, the Hudson Bay Company, the Universities and " other bodies. Free or public schools, though founded by " charter, seem to be public corporations. To this class seem " to belong all ecclesiastical corporations, whether sole or aggregate." Nous voyons à la page 697 d'Angell et Ames, on Corporations, ce que veut dire le mot *Franchise*, savoir, c'est un mot d'une signification très étendue et est définie par

Finch être un privilège royal entre les mains d'un sujet. En Angleterre, un privilège entre les mains d'un sujet, que le Roi seul accorde, est une franchise. En Amérique, assumer un pouvoir que l'on ne peut exercer sans la permission de l'état, ou s'immiscer dans la charge d'une corporation privée, contrairement au statut qui la crée, c'est dans un sens large, s'emparer de la prérogative royale, s'emparer de ou violer une franchise du souverain. Et, je le demande, ne trouvons-nous pas dans le cas actuel une analogie frappante avec les cas énoncés dans les autorités ci-dessus ; en effet, il suffit de dire qu'il s'agit d'une banque incorporée, institution monétaire revêtue d'un pouvoir extraordinaire qui ne réside que dans le souverain, celui d'émettre des billets de banques, équivalant presque à celui de battre monnaie, sous certaines conditions il est vrai, mais toujours en vue du bien public, du commerce des nations. Cette banque contracte ou fait contracter par ses directeurs, tant vis-à-vis de l'état que vis-à-vis des actionnaires, des dépositaires et du public en général, une responsabilité très grande, et ne peut-on pas dire que la législature en accordant à cette banque le droit d'exercer le commerce de banque, d'émettre des billets, n'a pas accordé une franchise, un privilège royal, et ne peut-on pas dire que l'introduction illégale d'un membre sous nom de directeur de cette corporation ne serait pas jusqu'à un certain point une violation de la franchise ou du privilège conféré au sujet par l'autorité souveraine. Je n'en puis douter un instant, et quel serait le remède en supposant que l'information dans la nature du *quo warranto* n'existât pas, je n'en puis concevoir un seul, à moins que ce ne fût la ridicule action en dommages intentée par qui et sur quoi fondée ? Si les dommages sont la base de l'action, les tribunaux n'en pourraient accorder que sur preuve positive, et cependant l'intrus resterait toujours au pouvoir comme directeur, conduisant à sa guise, et dans son intérêt très probablement, une institution monétaire lui rapportant, sous mille formes, un montant plus que suffisant pour payer les dommages qu'il pourrait être condamné à payer. La législature en accordant cette franchise dont elle s'est dessaisie dans l'intérêt de tout un public, n'a pas voulu se dessaisir des droits qu'elle a de punir celui qui violerait entre les mains du sujet, une franchise qu'elle lui a accordée. Elle a dû vouloir accorder à ce sujet l'accessoire en lui accordant le principal ; le principal est la charte, la franchise ; et l'accessoire est le moyen légal de conserver cette franchise et de la revendiquer au moyen d'un bref de prérogative contre tout individu qui l'usurperait. Je pourrais citer un grand nombre de cas analogues à ceux cités plus haut, pour démontrer que, par la loi, telle qu'interprétée en Angleterre, on eut pu en le Bas-Canada

adopter dans un cas semblable à celui-ci, une procédure consistant dans une information de la nature d'un *quo warranto*, à la demande d'un simple individu, mais celles que j'ai citées suffisent pour le moment. J'avoue que de la part du Défendeur il a été cité plusieurs autorités qui à première vue sembleraient militer en faveur de la doctrine contraire, et entre autres, la cause de *Rex* et *Ogden* et autres rapportée au 10me vol. de Barnewall et Creswell's reports, mais dans ce cas, il s'agissait d'une information de la nature d'un *quo warranto* demandée à l'encontre du Défendeur et autres, qui prétendaient être une corporation d'une nature exclusivement privée et non reconnue avoir aucune existence. Et il fut prétendu que l'information devait être prise à la demande du procureur-général, et non à la demande d'un particulier ; que le statut 9 Anne, chap. 20, ne s'étendait qu'aux individus usurpant une charge ou franchise dans une corporation quand le droit de la corporation comme corps était reconnu, et que dans ce cas là il s'agissait de l'existence de la corporation et non de l'usurpation d'un membre. Il fut aussi prétendu que les individus susdits ne prétendaient pas être membres d'une corporation d'une nature publique et qu'au contraire la franchise usurpée n'était en aucune manière liée au gouvernement public : on voit dans le rapport de cette cause que des précédents contraires furent cités pour faire voir que même sous de semblables circonstances, les tribunaux avaient accueilli de semblables informations au nom d'un particulier. Le prononcé du jugement établit par la bouche de Lord Tenterden, que l'information étant contre une corporation entière, n'ayant aucune existence légale, ne pouvait être demandée que par le procureur-général. Le juge Bayley s'est, dans ce cas, contenté de dire qu'il n'y avait pas d'exemple que la cour eût accordé une information de la nature d'un *quo warranto* contre des personnes usurpant une franchise d'une nature exclusivement privée et nullement liée au gouvernement public. Le rapport de cette cause fait voir à sa face la différence entre ce cas-là et celui qui nous occupe, car dans un cas il s'agit de faire déchoir une corporation entière n'ayant aucune existence légale de l'aveu de tout le monde et qui était d'une nature exclusivement privée, et dans le cas présent il s'agit de demander à une personne en vertu de quel droit elle a usurpé la charge ou franchise de directeur d'une banque établie par acte public, dûment incorporée, dûment reconnue, jouissant de droits et privilèges royaux, intimement liée avec le public et le monde entier, et ayant contracté des droits et responsabilités extraordinaires, tant envers ses actionnaires qu'envers le monde entier. Une autre cause fut citée comme précédent au soutien des prétentions du Défendeur, tiré de la cause de *Rex* vs. *Ramends* et autres,

rapportée au 3 vol. d'Adolphus et Ellis. Qu'il soit dit en commençant que le jugement en cette cause ne fut entièrement approuvé que par les juges Littledale et Pateson, et que le juge-en-chef Denman, tout en concourant dans le jugement, afin, disait-il, de ne pas causer de délai aux intéressés, déclara qu'il avait de grands doutes sur une question semblable, et cela en l'année 1835, après cent vingt-cinq ans de précédents pour et contre la question en litige. Mais, en examinant attentivement le rapport de cette cause, on remarque que, suivant les prétentions des Défendeurs leur corporation n'existait pas, et que leur incorporation n'était pas de la nature d'une charge publique et n'était nullement liée à aucune franchise de la couronne, et que ce n'était qu'une substitution à une charge de marguilliers et inspecteurs, et on sait qu'en Angleterre on a jamais voulu accorder l'information pour la charge de marguillers, tandis que, soit dit en passant, dans le Bas-Canada, on n'en a jamais fait difficulté dans nos tribunaux, et que le principe a été consacré par grand nombre de procédures sous forme de *mandamus*, *quo warranto*, et requête libellée telle que la présente. Néanmoins, le rapport de cette cause est probablement le précédent le plus fort que j'aie vu au soutien de la prétention du Défendeur actuel ; cependant le doute exprimé par le juge-en-chef Denman, et les circonstances de la cause m'ont induit à regarder cette décision comme extrême, pour ne pas dire plus. Un troisième précédent cité par la défense est celui tiré de *Regina* vs. *Monsley*, rapporté au vol. 8 (Queen's Bench) *Adolphus* and *Ellis*. Ce cas est, suivant moi, très faible en faveur du Défendeur. Il ne s'agissait dans cette dernière cause que de faire exécuter, au moyen d'une charte royale, les conditions d'un legs pieux fait par un particulier, et le motivé du jugement est que la charge en question était celle de gouverneur d'un hôpital fondé par le testament d'un particulier, n'ayant aucun devoir ni juridiction publics quelconques, malgré qu'une charte eût été obtenue pour incorporer les membres de l'institution, ce qui était (suivant le juge) parfaitement inutile, vu que la couronne n'ajoutait rien à l'institution et ne s'y était réservé aucun contrôle. Je crois donc qu'avant la loi de ce pays, introduite par la 12 Vict., chap. 41, un simple particulier eut pu obtenir une information de la nature d'un *quo warranto* pour des causes analogues à celle que mentionne la requête en la présente cause. Passant au second point, qui est celui de savoir si notre loi, consacrée par le chap. 88 de nos Stat. Ref. B.C., ne va pas plus loin que la loi qui nous régissait avant la 12 Vict., chap. 41, refondue dans le chap. 88, et si de fait elle ne favorise pas plus la procédure de l'information de la nature d'un *quo warranto* que ne faisait notre antique loi anglaise, en un mot, s'il y a

distinction à faire entre les corporations publiques et privées dans l'obtention du bref mentionné au chapitre en question. et si la franchise que possède la Banque Union du Bas-Canada, par ses directeurs, est un de ces droits royaux dont l'usurpation illégale donne droit à l'obtention du bref en question. Nul doute, dans mon humble opinion, que le législateur qui a préparé le projet de la 12 Vict., chap. 41, n'ait en grande partie pris pour base de son projet les statuts 4 et 5 W. and M., chap. 18, et 9 Anne, chap. 20. On remarque même une grande similitude dans la phraséologie des uns et des autres, et il ne pouvait en être autrement. Mais je crois que notre statut est plus clair, plus positif et définit mieux la position, et ne prête pas à tant de commentaires et d'opinions différentes qu'offrait la loi ancienne fondée sur ces deux statuts impériaux. Le langage de notre législation est si simple qu'il me semble pouvoir être compris de prime abord sans aucune difficulté. Repétons les termes : " Quand une personne " usurpe, prend sans permission, ou tient ou exerce illégale- " ment une charge publique, ou une franchise dans le Bas- " Canada, ou une charge dans aucune corporation ou autre " corps ou bureau public, que telle charge ait été créée ou " qu'elle existe en vertu d'aucun statut ou ordonnance, ou en " vertu de la loi commune du Bas-Canada." Les savants avocats de la défense ont admis que la 12 Vict., chap. 41, n'introduisait pas un droit nouveau, mais changeait seulement la manière d'exercer ce droit. Les savants avocats de la poursuite, au contraire, ont prétendu que la 12 Vict. ne distinguait pas entre les corporations privées et les corporations publiques, et que dans tous les cas l'usurpation d'une franchise quelconque donnait lieu au remède par voie de requête sous forme de *quo warranto*. Je ne vois rien dans le préambule, ni dans les sections suivantes de la 12 Vict., ch. 41, réglant l'exercice de l'information de la nature du *quo warranto*, dont on puisse inférer que cette nouvelle législation ait, quant au droit de demander l'information, ajouté rien, ni diminué rien du droit qui existait, suivant moi, avant la passation de cette 12 Vict., chap. 41, refondue dans le chap. 88 de nos statuts refondus. Elle n'a eu que l'effet : 1° de rendre plus claire l'interprétation des cas dans lesquels l'information de la nature du *quo warranto* peut se demander et s'accorder ; 2° de fournir le mode de procédure à observer à l'égard de la demande, de l'action ou bref et de la défense du Défendeur. En effet, quoique au commencement du préambule de ce statut il soit énoncé que le but de cette loi était de protéger les droits de corporation, sans distinguer entre les corporations publiques ou privées, cependant la suite du préambule limite aux charges publiques, à une franchise dans le Bas-Banada, ou

une charge dans aucune corporation ou autre corps ou bureaux publics, les cas dans lesquels l'information peut se demander. Je ne vois dans l'énonciation de ces divers cas, rien qui différencie de la loi actuelle de celle qui nous régissait comme venant de l'Angleterre, et notamment du statut 9 Anne, chap., 20, si ce n'est que le mot *Franchises* est employé généralement et sans limitation. Je n'en conclus pas que toute franchise, privée ou publique, soit par là déclarée soumise à la juridiction de ce tribunal, mais que la franchise dont il est question en ce préambule est de la nature de celles accordées par la couronne ou le parlement à un particulier, et dont l'usurpation et violation donnerait droit à la procédure actuelle, indiquée par le chap. 88 de nos Stat. Refondus du Bas-Canada. Encore une fois qu'est-ce qu'une franchise ? On trouve la réponse à cette question à la page 450 du 3e vol. de Kent's Commentaries, en ces mots remarquables : " Franchises are " certain privileges conferred by grant from government and " vested in individuals. In England they are very numerous " and are understood to be royal privileges in the hands of " the subject. They contain an implied covenant on the part " of government, not to invade the rights vested, and on the " part of the grantees to execute the conditions and duties " prescribed in the grant. Corporations, or bodies politic, are " the most usual franchises known in our law : Special privi- " leges conferred upon towns and individuals in a variety of " ways and for numerous purposes, having a connexion with " the public interest, are franchises." On voit au 2e vol. de Blackstone's Commentaries, p. 37, une définition entre autres du mot franchise. " Franchises and liberty are used as synony- " mous terms, and their definition is, a royal privilege, or " branch of the king's prerogative, subsisting in the hands of " a subject.... It is likewise a franchise for a number of " persons to be incorporated and subsist as a body politic ; " with a power to maintain perpetual succession and do other " corporate act : and each individual member of such corpora- " tion is also said to have a franchise or freedom." D'après ces autorités, la Banque Union du Bas-Canada jouissait, suivant moi, d'une franchise, c'est-à-dire, d'un privilège royal, consistant dans son incorporation par acte du parlement, avec le privilège du commerce de l'argent sous certaines conditions, avec responsabilités et obligations tant envers le gouvernement qu'envers les particuliers et ses actionnaires et ayant des rapports intimement liés avec l'intérêt du public. D'après Blackstone le seul fait d'être incorporé comme corps politique, une succession perpétuelle et le droit de faire des actes inhérents à une corporation, et en nom collectif, constitue une franchise tant pour la corporation elle-même que pour chaque membre

de cette corporation. Sous ce point de vue, je dois dire que la charge de directeur de la Banque Union du Bas-Canada est une franchise soumise aux dispositions du chap. 88 des Stats. Ref. B. C., et que le Défendeur ne peut décliner la juridiction de cette Cour dans l'adjudication de la plainte portée contre lui en conformité à ce chapitre. Maintenant je dois aborder la question de l'exception à la forme produite par le Défendeur, et dans laquelle il prétend ne pas être obligé de répondre à la requête et au bref à lui signifiés, parce que le bref de sommation à lui signifié aurait dû être adressé à un huissier de cette Cour, et non pas directement au Défendeur; parce que le bref signifié oblige le Défendeur de comparaitre à une heure indiquée à un certain jour, tandis que le Défendeur aurait par la loi toute la journée pour comparaître. La procédure à suivre en cette matière est indiquée en le préambule du chapitre 88 des Statuts Refondus du Bas-Canada, qui énonce que la cour pourra ordonner l'émission d'un bref commandant que la personne dont on se plaint soit assignée à comparaitre devant la cour pour répondre à la déclaration ou requête libellée tel jour que le juge trouvera à propos de fixer, et dans tous les cas le bref d'assignation sera signifié à la personne contre laquelle plainte est ainsi portée, en en laissant une copie, ainsi que de la déclaration ou requête libellée, soit à elle-même en personne ou à son domicile, en la manière d'usage dans les actions ordinaires. J'ai constaté que la pratique à Montréal est d'adresser le writ à un huissier comme dans une action ordinaire, pour être par lui signifié, conformément à la sect. 3 du chap. 83 des Stats. Ref. B. C., et d'après une lettre de M. Honey, un des protonotaires de la Cour Supérieure à Montréal, telle aurait été la pratique invariable à Montréal depuis la 12 Vic., ch. 41, et même sur l'objection prise, serait intervenue une décision formelle dans ce sens prononcée par M. le juge Berthelot et confirmée en appel. J'avoue que je n'ai pas compulsé ces décisions que je ne vois pas dans nos rapports judiciaires. Une pratique contraire existe également à Québec, et une décision formelle à ce sujet, prononcée par feu M. le juge Chabot dans la cause No. 757, *Dassaut* vs. *Giroux*, en 1858, irait à établir que la formule d'un bref adressé à la personne même et signifié par un huissier, était légale: et, en effet, ce savant juge a renvoyé une exception à la forme, produite par le défendeur Giroux, qui alléguait être mal assigné, en autant que le bref lui était adressé au lieu de l'être à un huissier avec injonction de l'assigner. Le jugement du savant Juge n'est pas motivé et renvoie purement et simplement l'exception à la forme. Sur huit ou neuf causes, dans le district de Québec, que le protonotaire m'a fourni, je trouve la même forme observée, savoir, celle d'adresser le writ au Défendeur,

mais l'objection n'a été prise dans aucune. Entre ces deux pratiques différentes, dans deux districts régis par les mêmes lois et le même code de procédure, il est assez difficile de se rendre compte de cet état de choses, mais toujours il existe. Voyons quel est celui qui semble le plus conforme à la loi. Par le chap. 88, sec. 1, des Stats. Ref. du B. C., le writ doit être émané de la Cour Supérieure ; or, d'après le chap. 83, sec. 3, des Stats. Ref. du B. C., il est pourvu que tout writ émanant de la Cour Supérieure sera adressé à des huissiers ou aux shérifs, suivant les divers cas indiqués. La loi 12 Vict., chap. 41, est devenue loi un instant après la 12 Vict., chap. 38, refondue dans le chap. 83 et on doit naturellement conclure que le législateur, en prescrivant l'émanation d'un bref de sommation de la Cour Supérieure, a dû avoir en vue un bref dans la forme prescrite par la 12e Vict., chap. 38. D'ailleurs le texte indique, suivant moi, que le bref doit être adressé à un autre que le Défendeur, puisqu'il est dit *qu'il émanera un bref commandant que la personne soit assignée à comparaître pour répondre.* Si on réfère à la sous-section 2 de la section 9 du même chapitre, on voit que dans le cas où il faudra assigner une corporation, ou un nombre de personnes dont on se plaint, dans le but de faire déclarer cette corporation déchue de ses droits, le bref devra dans ce cas être adressé à la corporation même, ou aux personnes dont on se plaint. Est-ce que la règle *qui dicit de uno negat de altero* ne reçoit pas son application en la présente cause ? En effet, pourquoi la législature aurait-elle dit dans un cas *vous prendrez un writ qui commandera que la personne soit assignée à comparaître,* et dans l'autre *vous prendrez un writ commandant à ladite personne de comparaître,* si dans le premier cas la législature n'avait pas eu l'intention d'ordonner l'émission d'un bref ordinaire, et comme dans une action ordinaire, adressé à un huissier, et dans l'autre d'ordonner l'émission d'un bref extraordinaire commandant aux personnes de comparaitre pour répondre. Quel but a eu le législateur en faisant cette distinction ? Il serait assez difficile de le dire, puisque l'un ou l'autre de ces brefs aurait rempli l'objet d'assigner le Défendeur. Si on réfère aux brefs de sommation émanés avant la 12 Vict., chap 38, on trouve qu'ils ont tous été adressés à l'officier chargé d'assigner le Défendeur, à l'exception des brefs de prérogative royale, qui, avant la 12 Vict., ch. 41, s'adressaient aux personnes mêmes conformément à l'usage anglais. Je suis donc d'opinion que le bref de sommation est irrégulièrement adressé, qu'il aurait dû être adressé à un huissier pour être par lui signifié et rapporté, et en conséquence je déclare le Défendeur mal assigné, je maintiens l'exception à la forme et renvoie la requête libellée. Il a été fait une objection que le bref obligeait le Défendeur à

comparaître le 29 janvier, 1866, à onze heures du matin, lorsque, par la loi, le Défendeur avait toute la journée pour comparaître. Cette objection n'a aucune valeur, parce que le Défendeur, assigné le 24 pour répondre le 29, à onze heures du matin, a eu ses trois jours francs pour répondre, c'est-à-dire qu'entre l'assignation et le rapport il y a eu 4 jours francs, plus deux demi-journées. Il en eut été autrement si le bref n'eut été signifié que le 26. Je regrette que cette décision doive retarder la question importante, la seule qui, suivant moi, aurait dû être soulevée et plaidée, savoir, celle de savoir si l'élection dont on se plaint est entachée ou non d'illégalité, ou plutôt si le Défendeur a été légalement élu ou non. Il me semble que, dans une cause de cette nature, on aurait pu ajourner, pour d'autres causes, les objections à la forme et techniques faites par le Défendeur et qu'on aurait mieux fait, dans l'intérêt de tous, de rencontrer de front la seule question en litige. Comme juge, je devais adjuger sur toutes les questions de forme qui me furent soumises et j'ai rempli ma tâche. Le jugement maintenant l'exception à la forme me dispense d'adjuger sur le troisième et dernier chef de défense, qui consistait à dire que les affidavits sur lesquels la requête libellée était fondée, étaient insuffisants ; mais, pour ne rien laisser d'indécis, je dois de suite déclarer, qu'après un examen sérieux de cette dernière exception, je n'y trouve rien qui pût m'engager à prononcer l'insuffisance de ces affidavits et, qu'au contraire, je les estime suffisants et j'aurais ordonné que le Défendeur eût à répondre à la requête, sans la fatale irrégularité qui se rencontre au bref de sommation. En conséquence de tout ce que dessus, l'exception déclinatoire est renvoyée avec dépens, la motion pour casser le bref est également renvoyée avec dépens, et la requête est également renvoyée, mais sans dépens, vu la circonstance que la pratique en le district de Québec, quoique vicieuse, justifiait, en quelque façon, le Demandeur à procéder en la manière et forme par lui adoptées. (16 *D. T. B. C.*, p. 273, et 17 *D. T. B. C.*, p. 77.)

Casault, Langlois et Angers, procs. du Demandeur.
Stuart, C. R., et Alleyn, C. R., Conseils.
Holt et Irvine, procs. du Défendeur.
Lelièvre et Caron, Conseils.

ABORDAGE.—NEGLIGENCE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 8 mars 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

BLACK *et al.*, Appelants, *et* LEFEBVRE, Intimé.

Jugé : Que dans un cas d'abordage le bâtiment qui est dans une position contraire aux règlements, ne peut réclamer les dommages soufferts par suite de tel abordage.

La poursuite était en dommages, résultant d'un abordage, par suite duquel la barge de l'Intimé, qui se trouvait à l'entrée supérieure du canal de Lachine, avait été coulée à fond par le steamer *Whitby*, appartenant aux Appelants, dans les circonstances suivantes: Le 9 novembre, 1861, l'Intimé voulant quitter Lachine avec sa barge, le vent manqua tout à coup, et la barge fut ramenée par la force du courant dans le canal, et y descendit jusqu'à la distance d'environ six cents pieds de l'embouchure. L'Intimé dit que les employés de la barge s'étaient mis en mesure de la rapprocher du quai, lorsqu'ils aperçurent le bateau à vapeur *Whitby*, venant dans la direction du canal à une distance d'un mille. Ils firent des signaux pour avertir l'équipage du vapeur qui, néanmoins, continua sa marche sans ralentir sa vitesse jusqu'à ce qu'il arrivât à quelques pieds de la barge. L'Intimé prétendait aussi que l'équipage du vapeur pouvait éviter l'abordage, sans risque ni danger pour ce vaisseau, soit en ralentissant sa marche ou en déviant de sa route de quelques pieds. L'Intimé prétendit encore que le chenal du canal avait cent pieds de largeur à l'endroit où était arrêtée la barge qui occupait le milieu du chenal, et n'ayant que 28 pieds de long, il restait à l'avant et à l'arrière un espace assez large pour permettre au vapeur de suivre sa course. Il alléguait de plus négligence et malice de la part des employés du vapeur, et concluait à une condamnation contre les Défendeurs pour les dommages qu'il avait soufferts. La défense s'appuyait sur le fait que la barge était en travers du chenal, qu'elle obstruait, et que l'abordage avait été causé par la négligence grossière de ceux qui la montaient, et que les employés du vapeur avaient fait tout ce qui était en leur pouvoir pour empêcher l'abordage. Il fut établi que la barge avait plus de quatre-vingt-dix pieds de long; que le vapeur, d'une valeur considérable, ne pouvait, à raison de la position de la barge, dévier de sa course sans risque et sans danger, tant pour le bâtiment que sa cargaison et ses passagers, et il s'appuyait sur plusieurs décisions établissant que lorsqu'un bâtiment se trouve dans une position contraire aux règle-

ments, il doit supporter les avaries qui lui résultent d'abordage. (1) La Cour Supérieure rendit le jugement qui suit: "The Court, considering that Plaintiff hath fully proved the material allegations of the declaration by him filed, and that he was, on or about the 9th day of November, 1861, the owner and proprietor of the barge called the *Quebec*; and that Defendants were proprietors of the steamer called the *Whitby*, then navigating the River St. Lawrence; and that, the said steamer, then navigating the Lachine canal, did come into collision with the said barge, and did inflict very serious damage and injury to the barge, by reason of which the barge did, notwithstanding all exertion, sink; and, further, considering that the barge, although in the channel of the canal and crossing over to the wharf, was in the way of the steamer entering the canal, yet, it is sufficiently and clearly proved that it was by an accidental falling off of the wind, which rendered her stationary for the time being, and the barge was using all endeavors to get out of the channel on her way to the wharf; and, further, considering that the crew of the steamer *Whitby* could well see for a long time the barge so crossing over, and this for a distance of at least a mile; yet, the crew and those in command of the steamer did continue on their course without slacking the speed of the steamer, and although it is clearly established by persons wholly disinterested, that there was ample room to enable the steamer to pass the barge without injury, the channel being for that purpose wide enough and in full day-light, yet the persons in charge of the steamer did negligently and without using any precaution, and not keeping a sufficient look-out, run into the barge, and did inflict great and serious injury to the barge, by reason of which the barge became wholly useless to Plaintiff, until completely repaired, &c." Judgment for £130." La Cour d'appel, appréciant différemment la preuve faite, a jugé en faveur des Appelants.

MEREDITH, J.: This was an action of damages by the proprietor of a barge, called the *Quebec*, against Defendants, as the owners of the steamboat *Whitby*. The pretension of Plaintiff is that the persons in charge of the *Whitby* negligently and maliciously caused that vessel to strike against Plaintiff's barge. The Defendants contend that the collision was occasioned by the gross negligence of those in charge of the barge; that

(1) Dans l'abordage de deux vaisseaux, celui qui éprouve des dommages par sa faute, en contrevenant aux règlements de la navigation, n'a pas de recours contre l'autre vaisseau, si ce dernier n'a été coupable d'aucune négligence. (*Léger* vs. *Jackson et al.*, C.S., Montréal, 31 mars 1859, SMITH, J., 7 *R.J.R.Q.*, p. 458.) Voir cause de *Bertrand* vs. *Dickinson*, jugée à Montréal le 28 février, 1862, et une autre cause de *Tate* vs. *Torrance*.

they were lying across the channel so as to make a collision inevitable; and that the *Whitby* did everything in her power to avoid the collision. The accident occured near the entrance of the Lachine canal, at a place where the canal is about 300 feet in width; but the pretension of Appellants is that the channel, for vessels of the draft of the *Whitby*, at the place in question, is narrow (about 100 feet in width), and that it is never departed from by vessels of the class of the steamer in question. It is proved that the canal is not adapted to vessels drawing more than nine feet of water; that the *Whitby* had a cargo on board worth $15,000, and was drawing nine feet of water, and, therefore, could not safely leave the deep channel (whatever may have been its width); and it is admitted that the barge was lying right across the channel. The main question in the case is as to whether the *Whitby* could have stopped, so as to avoid a collision, or without danger have passed to the left, that is, to the rear of the wood barge; because, however much the persons in charge of the barge may have been in the wrong, if she was run down wilfully by the *Whitby*, the owners of that vessel are clearly liable. Before, however, coming to the consideration of these questions, it is proper to see how it was the barge came to be lying across the channel. It appears that when the barge had got four or five arpents above the entrance of the canal the wind fell and, then, that the barge drifted down with the current to the part of the channel where the collision occured. So helpless were the people in the barge, that although they were right across the channel, and although they saw the *Whitby* a mile off, yet they could not get out of her way. When asked to explain this and to account for not having used oars or poles, Ferdinand Lalonde, one of the sailors on board the barge, says, "*Nous avions des rames, mais pas de taulets* (rowlocks) *pour les mettre. C'est ce qui fait que nous nous sommes servis de perches, mais elles étaient trop courtes: nous ne pouvions atteindre le fond; c'est le courant qui nous a viré et mis de travers.*" F. A. Johnson proves that poles could, if of proper length, have been used with effect. And the captain of the barge says, "*Nous ne nous sommes pas servis des rames parce que nous n'avions pas de rowlocks. On était assez occupé par la voile qui nous aidait plus que les rames.*" As they were lying motionless, I do not understand how the captain can think the sail was helping them. To me it seems that sails without wind, oars without rowlocks, and poles so short that they could not touch the bottom, were all equally useless; and that, under these circumstances, the vessel should be found lying helpless across the channel, was not surprising. There was one other way by which this might have been avoided,

namely, by throwing out the anchor when the barge was drifting down with the current, which necessarily would have brought the bow or head of the vessel to the current, and in this way she would certainly have blocked up a smaller portion of the channel than she did when lying across it. The captain when asked why he did not throw out his anchor, answered; "*Parce qu'on ne peut pas toujours rester à l'ancre; car du moment qu'on a vu le steamboat Whitby il était trop tard pour jeter l'ancre. On était à la place où il nous a frappé. Le steamboat était à un mille de distance quand on l'a vu.*" But we know that the barge had drifted down four or five arpents, and it is plain that the current, if sufficient to carry the vessel down, would have been sufficient, if the anchor had been thrown out, to turn her bow to the current. And here it may be observed that the persons in charge of the barge were very inexperienced. It was the first season for the captain as such, and he, when examined, was only 21 years of age, and the two *navigateurs*, as they term themselves, who were assisting him, were, when examined as witnesses, of the ages respectively of 19 and 16. The inexperience of the crew on board the barge may bave been one of the causes which prevented them from taking any efficient means for her preservation; but, be this as it may, I think it beyond doubt, that the situation of the barge, at the time of the collision, was altogether inexcusable. Still we have to enquire, could the steamer have stopped in time to avoid the collision, or could she, consistently with prudence, have passed to the rear of the barge, because if either of these courses was open to her, the owners must pay for the damages to the barge. I have gone over the evidence with much care, and am satisfied, from the position in which the barge lay, with reference to the entrance of the canal, and the current there, that it was not possible to stop the steamer in time to avoid the collision. The evidence as to the other point,—the possibility of the steamer going to the rear of the barge, is conflicting; but even if we take as our guide the opinions of the masters of vessels and pilots (and this is the most favourable view for Respondent), I think the weight of evidence is decidedly in favour of Appellants. In addition to mere opinions Appellants have proved some facts, which appear to me of great importance, as showing that the steamer could not prudently have deviated from her course to avoid the collision. There was doubtless a wide expanse of water to the rear of the barge, but the question is, was it of sufficient depth for vessels such as the *Whitby* drawing nine feet of water? Thos. Johnson, who says he has been navigating the rivers and lakes for the last fifteen years and who has the command of a propeller of about the

same size as the *Whitby*, says : " I struck the bottom with my vessel at the entrance of the canal, not far from the lighthouse, but a little below it, last fall (he thinks in November), by keeping a little to the left, with the draft of 8 ft. 9 in." Now, according to the witnesses for the Respondent, the steamer ought to have done that which caused Johnson's boat to strike ; and yet he says he was fortunate in not having a hole knocked into the bottom of the boat. Charles Crawley, who has been navigating the rivers and lakes for the last 21 years and has had command of almost all kinds of vessels used in the navigation, says : " I have struck there several times myself by keeping a little too much to the left ; on one occasion, I remember, with the *Brantford*, drawing about 8½ ft. of water. On another occasion, with a smaller boat of the same draft of water, that is, the *Banshee* propeller. John Hanna says : " The first trip I made, about 8 or 9 years ago, coming down loaded, drawing about 9 ft. 3 in., we struck very hard opposite the old depot." The evidence of Thomas F. Dutton, an experienced steamboat master, is to the same effect, and appears to me to be well deserving of attention. He says : " I do not believe that a downward vessel like the *Whitby* could avoid such a barge, without damaging herself ; that is, if she attempted to go to the left there, she would get into shoal water and get among boulders. I know that there are boulders there to the left and shoal water too. I once had a steamer, 45 feet in width over all, attached to the pier, some distance below the lighthouse, probably 300 feet. I know that I was obliged to detach my steamer and go on, to permit a loaded propeller to pass down, as there was no room for her outside of my boat, without getting into the shallow water and among boulders ; and I consider it equally dangerous all the way up to the buoy. It is particularly dangerous for a propeller to attempt to turn to one side is descending, because when she takes a sheer her rudder loses all command over her. You cannot bring her head back immediately to the deep channel. She goes ahead and in such a situation would run among the boulders and into shoal water. I have found propellers aground myself and helped them to get off ; but more than 300 feet below the lighthouse I have known the mailboat "*Banshee*," when loaded, but not drawing more than seven feet of water, get aground exactly abreast of the lighthouse and half way between it and the old Lachine depot." The evidence of these witnesses is confirmed by that of Alexander Bisset, who has been superintendent of the Lachine canal for the last 19 years : " The downward vessel has the right of way and should keep to the right. It is the business of upward bound vessels, particularly when unladen, to avoid

her, by also keeping to the right. The position of the vessel, marked barge on said plan, is one which it would be against all sound reason for an upward bound vessel to occupy, and if it were 95 feet long, it would be impossible for a downward heavily laden steamer to avoid her, without running great risk, by turning to the left out of her proper channel. This risk would seem to me to be very great; the chances are, that by so going to the left, such a steamer would come into contact with boulders and shoals, and be seriously injured. In case she were further down, it would still be dangerous, in fact equally dangerous, unless she was far enough down to enable the steamer to stop from reaching her that is, if she kept a like position in the channel." Our attention was drawn to the case of *Maitland* and *Molson* (1) and to the case of the *Cumberland* (2); but I do not find that the judgments in these cases can aid us in the present instance, in which the questions to be adjudicated upon are purely questions of fact; and after giving to those questions the best consideration in my power, I think it certain that Respondent is very blamable for the situation in which his barge was at the time of the collision; and I think the preponderance of evidence is decidedly in favour of the pretension of Appellant, that it was not in the power of those in charge of the steamer to stop her in time to avoid the collision and that they could not, consistently with prudence, have attempted to pass to the rear of the steamer, by deviating from the channel to the left. For these reasons, I think the judgment must be reversed.

" The Court, considering that it appears by the evidence adduced that, on the 9th day of November, 1861, when the steamer Whitby came in collision with the barge Quebec, the barge (which was 90 feet in length) was lying in the Lachine canal, and directly across the channel generally used by vessels such as the Whitby, when deeply laden, as that vessel then was, and that the barge had drifted into the said position, partly in consequence of the barge being insufficiently equipped, and partly in consequence of the unskilful management of the barge by the persons in charge thereof: And considering that, in consequence of the position in which the barge was then lying, with reference to the entrance to the canal,

(1) En cas d'abordage de deux vaisseaux, si l'abordage a eu lieu par la faute de l'un des maîtres, le dommage doit être payé par celui qui l'a causé. (*Maitland et al.* vs. *Molson et al.*, Cour d'Appel, Québec, 20 novembre 1830, confirmant le jugement de la première instance, 1 *R. J. R. Q.*, p. 344.)

(2) En cas d'abordage de deux vaisseaux, si l'abordage a été fait par la faute du pilote de l'un des vaisseaux, le maître du navire sous la direction dudit pilote doit payer le dommage. (Affaire de *Cumberland*, C. de Vice-Amirauté, 8 novembre 1836, BLACK, J., STUART'S V.-Adm. R., p. 75.)

and the currents there, it was not possible for the persons in charge of the steamer to stop her in time to avoid the collision; and that they are proved to have done all that was in their power to do for that purpose: And considering also that, at the time of the collision, there was not sufficient room for the steamer to pass to the right of the barge, that is to say, between the barge and the pier; and, further, that the persons in charge of the steamer could not have attempted to pass to the left, that is to say, the rear of the barge, without deviating from the channel generally used by vessels such as the steamer, when laden as she was; and that such attempt would have been attended with great risk of the vessel getting into shoal water and among boulders and, therefore, that the persons in charge of the steamer are not blamable for the collision. Doth, in consequence, reverse the judgment rendered on the 30th day of April, 1864, and dismiss the action. Honorable Judge MONDELET dissenting. (16 *D. T. B. C.*, p. 290 et 2 *L. C. L. J.*, p. 13.)

CROSS & LUNN, pour les Appelants.
LORANGER & LORANGER, pour l'Intimé.

BILLET PROMISSOIRE.—NOVATION.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 25 Avril 1866.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

DASYLVA *et al.*, Demandeurs, *vs.* DUFOUR, Défendeur.

Jugé : 1o. Qu'un écrit, constatant seulement qu'une personne doit une certaine somme à une autre, n'est pas négociable comme billet. (1)

2o. Que l'acceptation d'un billet promissoire par un créancier des mains de son débiteur n'opère pas une novation de sa créance, et qu'il peut toujours porter une action sur la dette originaire. (2)

L'action était portée pour marchandises, vendues et livrées au Défendeur, au montant de £15, et sur billet promissoire de £14 14 8, consenti par le Défendeur aux Demandeurs. Le Défendeur, dans une exception péremptoire, confessa jugement pour £14 14 8, montant du billet, et plaida paiement et novation des £15, disant avoir remis aux Demandeurs un billet promissoire de la municipalité de Chicoutimi, conçu en ces termes : " Bureau du Conseil Municipal du township de Chicoutimi, Chicoutimi, 10 octobre, 1862. " Je soussigné certifie que le conseil local du township de Chicoutimi doit à Job Dufour, la somme de soixante dollars, payable dans le courant

(1) V. S. du C. de 1890, 53 V., ch. 33, sec. 82.

(2) V. art. 1171 C. C.

de février prochain. Signé, Thos. Boily, Sec.-Trésorier." Les Demandeurs, par leurs répliques, disaient que l'écrit plus haut était improprement qualifié de billet promissoire, et qu'il ne leur avait été remis par le Défendeur que pour leur inspirer plus de confiance en sa solvabilité, et les induire à lui avancer des marchandises à crédit, et ils niaient que par là le Défendeur eût fait aucun paiement ou novation de sa dette. Les prétentions des Demandeurs furent maintenues, la Cour rendant jugement comme suit : " Considérant qu'il apparaît que le seul billet ou reconnaissance, à part celui de £14 14 8 qui aurait été livré par le Défendeur aux Demandeurs, serait une reconnaissance par le Secrétaire-Trésorier de la municipalité du township de Chicoutimi, certifiant qu'il était dû £15 par la municipalité au Défendeur : " Considérant, d'ailleurs, que l'acceptation d'un billet par les Demandeurs de la part du Défendeur n'opérerait pas une novation de leur créance, et que leur action pouvait toujours être portée sur la dette originaire, la Cour renvoie l'exception du Défendeur et le condamne à payer aux Demandeurs la somme de £29 14 8. (16 *D. T. B. C.*, p. 294.)

MACKAY, pour les Demandeurs.

MIVILLE DECHENE, pour le Défendeur.

ACTE COMMERCIAL.—PREUVE.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 25 Avril 1866.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

JONES, Demandeur, *vs.* JONES, Défendeur.

Jugé : Que, quoiqu'en exerçant la photographie l'on fasse acte de commerce, néanmoins, on ne peut pas considérer comme acte de commerce l'engagement d'un employé auquel le photographe paie un salaire, tout en lui enseignant l'art de la photographie ; et que, par conséquent, pour être admis à prouver tel marché ou contrat d'engagement par témoins, il faut un commencement de preuve par écrit. (1)

TASCHEREAU, Juge : L'action est portée par le Demandeur contre son frère, photographe, à Québec, pour recouvrement d'une somme qu'il réclame pour gages pendant le temps qu'il dit avoir passé à son service. Il n'y a pas de contrat par écrit ; c'est un simple marché verbal qui pourrait se prouver par témoins, si la cause était de nature commerciale, ce que je ne pense pas. Il est évident que celui qui, exerçant l'art de la photographie, tient une boutique où il vend ses portraits doit être declaré commerçant : mais il ne faut pas conclure de là que le fait

(1) V. art. 1233 C. C.

d'engager un employé qui devra se rendre *généralement utile*, et qui, outre le but de gagner un salaire, a de plus en vue d'apprendre l'art que son maître exerce, soit un acte de nature commerciale. Comme il n'y a pas le moindre commencement de preuve par écrit, pas même dans l'interrogatoire sur faits et articles soumis au Défendeur, la Cour renvoie l'action. (16 *D. T. B. C.*, p. 296.)

MACKAY, pour le Demandeur.

SECRETAN & DUNBAR, pour le Défendeur.

CHEMIN.—PROCES-VERBAL.—REGLEMENT.—NULLITE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 8 mars 1866.

Présents: DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

LA CORPORATION DE LA PAROISSE DE SAINT-BARTHELEMY, Appelants, *et* DESORCY, Intimé.

Jugé: 1° Que l'établissement et ouverture d'un chemin par une municipalité, en 1859, ne pouvait être fait que sur procès-verbal d'une personne déléguée par le conseil de la municipalité, avec les pouvoirs de surintendant de comté, en donnant avis de sa procédure; et que ce procès-verbal ne pouvait être homologué, à moins qu'avis n'en eût été donné.

2° Que cette demande en nullité de vente faite par la municipalité, pour défaut de paiement de la répartition, le Demandeur pouvait, par une réponse à l'exception des Défendeurs, invoquer la nullité d'un règlement subséquent à celui dont il se plaignait.

3° Qu'une partie a l'action directe résultant de la nullité d'un règlement, sans être obligée de prendre la voie de revision ou d'appel du règlement.

Le 4 de février 1861, la corporation de la paroisse de Saint-Barthélemy mettait en vente une terre appartenant à l'Intimé, pour défaut de paiement de la somme de £2 11 4, répartition par elle imposée sur cette terre pour l'ouverture de certains chemins dans la paroisse, et Joseph Dandonneau, un des Défendeurs en cour de première instance, se rendait adjudicataire d'un quart de la terre, pour le montant dû. C'était cette vente que Désorcy voulait faire mettre au néant, prétendant que les règlements en vertu desquels avait eu lieu la vente étaient irréguliers et nuls; Dandonneau fit défaut et l'action fut contestée par la corporation. Le 4 juillet, 1859, Joseph Adam et autres présentèrent une requête à la corporation de la paroisse de Saint-Bathélemy, demandant l'ouverture d'un chemin depuis le fleuve Saint-Laurent jusqu'à la concession du Petit-Saint-Jacques, dans cette paroisse. Cette demande fut renvoyée à un comité composé de trois membres du conseil, dont deux firent un rapport le 10 juillet, 1859, recommandant l'ouverture du che-

min, et ce rapport fut reçu le 16 du même mois. Le 30 de juillet, François Rouleau, alors secrétaire-trésorier et faisant les fonctions de surintendant du comté à l'égard d'une autre demande, fit un procès-verbal basé sur le rapport du comité, contenant l'énoncé qu'il serait soumis au conseil le lendemain. Enfin, le 5 de septembre, 1859, le conseil municipal adoptait un règlement concernant le chemin en question et celui pour lequel Rouleau avait été délégué: voici le préambule de ce règlement: " Attendu le rapport de Frs. Rouleau, nommé pour " remplir tous les devoirs et exercer tous les pouvoirs ci-devant " dévolus au surintendant de comté, touchant la requête de " Rémy Rémillard et autres, propriétaires de la paroisse de " Saint-Barthélemy, demandant par ladite requête un chemin " de front à travers les terres de la concession de la baie Belair, " et un chemin de ligne ou route, depuis ledit chemin de front " à être établi dans ladite concession, à aller au chemin de " front du Petit-Saint-Jacques, dans la paroisse de Saint-Barthé- " lemy; et attendu, de plus, le rapport de Joseph Bernèche et " François-Xavier Gervais, formant la majorité des membres " composant le comité nommé par ce conseil à l'effet de visiter " les lieux mentionnés dans une requête présentée à ce conseil " par Joseph Adam et autres propriétaires de terres dans la con- " cession du nord, dans la paroisse Saint-Barthélemy, deman- " dant l'ouverture et l'établissement de divers chemins de ligne, " depuis le chemin de front de la concession du nord, à aller " au chemin de front de la concession du Petit-Saint-Jacques, " dans la paroisse de Saint-Barthélemy: ledit conseil municipal.... " décrète, etc." Ce règlement fut publié à la porte de l'église de la paroisse Saint-Barthélemy, les 11 et 18 septembre, 1859, suivant certificat assermenté. Des procédés furent ensuite adoptés pour évaluer les terrains nécessaires pour ces chemins et, le 1er octobre, 1860, le conseil municipal fit un règlement imposant une taxe pour payer la somme de 2845 francs, montant des expropriations, règlement qui fut publié les 7 et 14 octobre. Desorcy, dans son action, alléguait que la vente de son terrain était illégale et nulle, en autant qu'il n'existait, et n'avait jamais existé, aucun règlement, procès-verbal, ni résolution, ni décision ou arrêté du conseil municipal légalement fait ou adopté et légalement publié, imposant au Demandeur le paiement d'une cotisation; que, notamment, le règlement du 1er d'octobre, 1860, n'avait jamais été lu à la porte de l'église et que le chemin en question n'avait jamais été légalisé par procès-verbal dûment homologué. La corporation plaida que le règlement du 1er d'octobre, 1860, avait été dûment publié et que " le chemin avait été dûment légalisé par divers arrêtés et " règlements du conseil municipal, et entre autres par celui du " 5 de septembre, 1859, et dûment mis en force après toutes

" les formalités voulues par la loi en pareil cas, ayant été précédé d'un rapport d'un comité nommé le 4 juillet, 1859, " et d'un rapport de Frs. Rouleau, nommé par le conseil pour " remplir les devoirs et exercer les pouvoirs ci-devant dévolus " au surintendant de comté." Le Demandeur répondit que le règlement du 5 septembre, 1859, était nul à sa face même : 1° Parce que le conseil n'avait ni pouvoir, ni autorité pour ouvrir le chemin en question ; 2° Parce que le conseil ne pouvait renvoyer ce sujet à un comité, mais "était tenu de nommer une personne convenable alors censée l'un des officiers " municipaux du conseil, qui aurait fait la visite des lieux, " après avis donné préliminairement aux intéressés, en aurait " dressé procès-verbal, pour être homologué par le conseil, en- " core après avis donné aux intéressés du jour de la présenta- " tion du procès-verbal pour homologation ;" 3° Que le rapport du comité était nul. La corporation répliqua que cette réponse était mal fondée en droit, vu que le Demandeur cherchait à refaire son action au moyen de nouvelles allégations qui auraient dû être contenues dans sa déclaration. La Cour de première instance rendit, le 18 d'octobre, 1862, le jugement suivant : BADGLEY, Juge : "La Cour, considérant que le règlement du conseil municipal de la paroisse de Saint-Barthélemy, en date du 5 septembre, 1859, qui ordonne l'ouverture et établissement d'un chemin de ligne ou route depuis le chemin de front de la concession du Chenal-du-Nord, à aller au chemin de front de la concession du Petit-Saint-Jacques, dans ladite paroisse, et pour le paiement du terrain nécessaire pour l'ouverture et établissement dudit chemin de ligne ou route, tel que mentionné spécialement aux articles sept, huit et neuf dudit règlement, et, en outre, aux autres articles d'icelui y ayant rapport, n'a pas été précédé, accompagné ni suivi des formalités voulues et requises par la loi : "Considérant qu'il n'y a pas eu de procès-verbal au préalable fait et déposé au conseil, et que les intéressés audit chemin ou route n'ont pas été notifiés, suivant la loi, des procédés du conseil ; et considérant que les procédés du conseil, ultérieurs à la date du règlement, ont été basés sur ledit règlement illégal, adjuge et ordonne que le présent jugement soit et est déclaré commun aux Défendeurs, la corporation de la paroisse Saint-Barthélemy et Joseph Dandonneault ; que ladite vente et adjudication du quatre février, 1861, à Dandonneault, par François-Rémi Tranchemontagne, en sa qualité de secrétaire-trésorier du conseil municipal du comté de Berthier, du juste quart en superficie du terrain du Demandeur, décrit comme suit : "Un terrain situé dans la seigneurie de Maskinongé, dans la seconde concession du Nord, dans la municipalité de la paroisse de Saint-Barthélemy, contenant environ quinze arpents en superficie, borné

en front par la première concession du Nord, par derrière pa la concession du Petit-Saint-Jacques, d'un côté à Pierre Deso cy, d'autre côté à Alexis Ayotte, dans la municipalité du comt de Berthier, ledit juste quart à prendre par une portion d terre en front, suffisante pour former, sur toute la profondeu du susdit terrain du Demandeur, le juste quart en s ici de la totalité dudit terrain, soit et est par les présent. decla rée être nulle et de nul effet, comme non avenue, et rescindé et mise à néant, et, en conséquence, que lesdites parties, savoir le Demandeur et les Défendeurs, soient et sont censés au mêm état qu'elles étaient avant ladite vente et adjudication audit jour, quatre février, 1861 : la Cour condamne en outre Dan donneault à rendre et restituer au Demandeur ledit just quart en superficie dudit terrain, sous quinze jours de la signification du présent jugement, sinon et ledit délai passé, à ce qu'il y soit contraint par main de justice en la manièr accoutumée : enfin la Cour condamne la Défenderesse à remettre à Dandonneault la somme de £2 11 4, montant de la vente et adjudication, etc." La corporation appela de ce jugement, se plaignant : 1° Qu'il n'était pas motivé tel qu'il aurait dû l'être. (1) 2° Que la réponse du Demande n'avait pas été rejetée, la Cour de première instance vant pas adjugé sur la réplique en droit. (2) 3° Que le ent était illégal, vu que le Demandeur n'avait pas l'action directe, mais seulement un recours en appel ou revision, recours qu'il n'avait pas adopté en temps opportun. (3) Enfin la corporation soutenait qu'il n'était besoin ni de procès-verbal de surintendant, ni formalité autre que le règlement même, pour l'ouverture et la confection d'un chemin. (4) Sur ce dernier point, l'Intimée, Demandeur, invoquait la loi municipale en force en 1859. (5) Le jugement fut confirmé en appel. (16 *D. T. B. C.*, p. 463 et 2 *L. C. L. J.*, p. 16.)

PICHE, pour l'Appelant.

OLIVIER et ARMSTRONG, pour l'Intimé.

(1) Stat. Ref. B. C., cap. 83, sec. 39 ; Chauveau, Dict. de Proc., vbo. Jugement, nos. 147, 161.

(2) Ord. 1667, tit. 35, art. 34.

(3) 19-20 Vict., cap. 101, sec. 9 : Acte des municipalités et des chemins de 1860, 23 Vict., cap. 61, secs. 26, 66, sous-secs. 1, 2, 3, 4 ; secs. 67, 68 ; Amendements de 1863, 27 Vict., cap. 9, secs. 13, 14 ; Chauveau, Lois de la Proc., Quests. 1582, 1583, 1584 ; Le Merle, pp. 46, 90, 106, 108, 109, 122, 186 ; De Puibusque, Dict. Munic., vbo. Conseils de Préfecture ; Chauveau, Code d'Instruction Admin, no. 563.

(4) Acte des Municipalités et des chemins du B. C., Stat. Ref. B. C., cap 24, secs. 24, 27, 40, sous-secs. 10, 11, 12, 13, 14 ; secs. 43, 44, 50, 53.

(5) 18 Vict., cap. 100, sec. 47, ainsi que la sec. 19, sous-secs. 8, 13.

Le § 3 de la sec. 23 du ch. 100 des Statuts du Canada de 1855, 18 Vict., intitulé : " Acte des Municipalités et des chemins du Bas-Canada," décrétait,

DOMMAGES POUR SEDUCTION.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montreal, 6th June, 1865.

Coram DUVAL, C.-J., AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., and MONDELET, A. J.

MOISE COUPAL, Defendant in the court below, Appellant, *and* SUZANNE BONNEAU, Plaintiff in the court below, Respondent.

Held : 1st. That in an action of seduction, the *frais d'entretien* can only be legally recovered from the date of service of process, and not from the birth of the child.

2nd. That in such an action, a condemnation of £500 damages is excessive in the absence of proof that the seducer is wealthy and that there were any specially aggravating circumstances attending the seduction.

3rd. That under the circumstances of the present case, £100 damages were as much as the Respondent could reasonably claim.

4th. That interest will not be allowed when the declaration in the case fails to demand it.

This was an appeal from a judgment rendered by the Superior Court, at Montreal, (SMITH, J., presiding), on the 30th November, 1863, in an action *en déclaration de paternité*.

entre autres dispositions, que les pouvoirs des conseils locaux s'étendaient.... "à l'établissement d'enclos publics pour y mettre en fourrière les animaux et volailles pris divaguant ou causant quelque dommage, sur les chemins et ponts publics, ou sur les terrains d'autres que ceux des propriétaires desdits animaux ou volailles ; etc." Le § 10 de la sec. 41 du même ch. décrétait que : " Le terrain occupé par tout chemin sera dévolu à la municipalité locale où il est situé, et ce chemin pourra être aboli ou sa position en aucune partie d'icelui changée par procès-verbal, mais il ne pourra être aliéné d'aucune autre manière, etc.," et le § 11 de la sec. 52 contenait les dispositions suivantes : " Rien de contenu dans cet acte ne s'étendra à donner le pouvoir de tracer un chemin neuf, ou de détourner ou élargir un ancien chemin de manière à passer à travers un jardin, verger ou basse-cour entourés d'une muraille, ou d'une clôture en planche ou en piquets debout, ou d'une haie vive, ou à démolir ou endommager une maison, grange, moulin, ou autre bâtiment quelconque, ou à nuire à un canal ou chaussée de moulin, ou à en détourner le cours d'eau, sans le consentement du propriétaire." Il a été jugé, sous ces dispositions, qu'un conseil municipal qui désire fermer une rue ne peut le faire que par procès-verbal et qu'un règlement, ordonnant qu'un enclos public soit établi dans une paroisse et qu'une rue soit fermée pour former partie de cet enclos, est nul. (*Corporation de la paroisse de Ver-*[illegible] vs. *Bouthillet*, C. S., Montréal, 28 novembre 1857, SMITH, J., 6 *R. J. R. Q.*, p. 469.)

Une corporation municipale doit, pour obliger les propriétaires à faire les travaux qu'elle ordonne, suivre exactement les dispositions de la loi et ne peut faire faire par contrat les travaux que les propriétaires doivent exécuter eux-mêmes. Le propriétaire d'un terrain affecté par un procès-verbal peut, par action négatoire, faire annuler la procédure adoptée par la corporation (*Me-*[illegible]*all* et *Corporation de la paroisse de Saint-Ephrem-d'Upton*, C. B. R., Montréal, 7 Juin 1861, LAFONTAINE, J.-en-C., AYLWIN, J., DUVAL, J., MEREDITH, J., et MONDELET, J., infirmant le jugement de C. S., Saint-Hyacinthe, 25 Janvier, 1860, MCCORD, J., 9 *R. J. R. Q.*, p. 185.)

The following was the judgment of the court: La cour, considérant que la Demanderesse a établi par une preuve bien forte et suffisante tous les allégués de sa déclaration, et que le Défendeur a entièrement failli à prouver les faits allégués dans ses défenses contre le caractère de la Demanderesse, et qu'au contraire la preuve établit le bon caractère et conduite de la Demanderesse, et que, si elle a failli dans cette occasion, ça été par les artifices et fausses promesses du Défendeur, la cour déclarant le Défendeur père dudit enfant, duquel ladite Demanderesse est accouchée le 16 avril, 1861, en la paroisse Saint-Philippe, lequel enfant fut baptisé, audit lieu de Saint-Philippe, sous le nom de Moïse, condamne le Défendeur à payer à la Demanderesse, pour la nourriture, entretien et éducation dudit enfant, une somme de £15 par année jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de sept ans, et ensuite à payer la somme de £30 par année, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de quatorze ans, ces sommes à être payées par versements trimestriels et d'avance de $15 et $30, suivant l'âge de l'enfant, à commencer lesdits paiements du 16 avril 1861, jour de la naissance de l'enfant; la cour, en conséquence, condamne le Défendeur à payer à la Demanderesse la somme de £41 5 étant pour deux ans et neuf mois, depuis la date de la naissance dudit enfant, à venir jusqu'au 16 janvier 1864, de la pension accordée par le présent jugement à la Demanderesse, pour la nourriture et entretien dudit enfant, et ensuite, c'est-à-dire, dudit 26 janvier 1863, lesdits paiements trimestriels seront continués chaque trois mois, comme susdit, d'avance, jusqu'à ce que ledit enfant ait atteint l'âge de quatorze ans. Et la cour condamne de plus le Défendeur à payer à la Demanderesse la somme de £500, pour dommages à elle causés par le Défendeur résultant des faits énoncés dans la déclaration en cette cause, avec intérêt sur la somme de £500 et sur ladite somme de £41 5 à compter du 10 avril, 1862, jour de l'assignation en cette cause, et sur les divers paiements trimestriels à compter de leur échéance respective, jusqu'à l'actuel paiement. La cour réservant à la Demanderesse tous recours qu'elle peut avoir ou exercer contre le Defendeur pour la nourriture, entretien et éducation dudit enfant après qu'il aura atteint l'âge de quatorze ans." The Appellant claimed, that the condemnation of £500 was excessive, Appellant being a young man without any apparent property, and no specially aggravating circumstances being proved against him; also, that the condemnation for *frais d'entretien*, counting from the date of the child's birth, was illegal, and was not, moreover, demanded by Respondent's declaration, and that the condemnation of interest was wholly illegal, no demand whatever for interest having been made by Respondent's declaration. Here follow

the remarks of the judges and the judgment of the Court of Appeal.

DRUMMOND, J.: This was an action *en déclaration de paternité* instituted by Suzanne Bonneau on the 9th April, 1862. Plaintiff was a minor at the time the action was instituted, but having attained her majority while the action was pending, the instance was taken up in her name. Plaintiff set out that she was chaste and was generally esteemed up to the time her fault became known: that Defendant, for two years before she yielded, visited Plaintiff as a lover and continually promised her mariage. On the 16th April 1861, a child was born. Plaintiff claimed $8,000 damages. The Court below awarded $2,000 damages, $60 per annum till the child should attain the age of seven, and $120 per annum from seven to fourteen, with interest. His Honor had been much surprised at the amount awarded. The affair which led to the action was unfortunately not very uncommon in the country and, though the Plaintiff's family was no doubt highly respectable, yet His Honor could but regard the damages as excessive for persons in their position in life. The sum was quite a fortune in the country, the £30 per annum allowed to the child from seven to fourteen being almost sufficient to support a large family. The child, however, had died since the judgment of the Court below and the court would not disturb this part of the judgment. But the amount of damages would be reduced to £100 and Plaintiff would be condemned to pay the costs in the Court of Appeal.

AYLWIN, J.: The declaration of Respondent shows that this unfortunate girl had indulged in her illicit intercourse as long as she could without producing the natural result. With such *libertinage* I should have been of opinion to award her no damages, leaving vice to be its own reward. The condemnation of costs, however, would be a reward on the side of the debauched young man, the Appellant, unless it were repressed by a mulct. I hope that such exhorbitant verdict will be checked by the reversal, *omni voce*, of this extravagant judgment of the Superior Court. It is a sad thing that, with our legislation, erring females have power to imprison their debtors upon action of breach of promise of marriage or seduction, while honest women are left to get their damages as best they can and the honest wife is left without redress against a rascally husband. It is a scandal to our legislation. Judgment modified, damages $400, with costs of appeal against Respondent.

" La cour considérant que bien qu'il soit prouvé que l'Appelant est le père de l'enfant dont il est question, les faits divulgués dans la cause ne sont pas de nature à justifier une condam-

nation sévère ; considérant qu'en vue des circonstances de la séduction alléguée et des moyens pécuniaires de l'Appelant, les dommages accordés à l'Intimé par le jugement de la cour de première instance sont exorbitants ; considérant que l'Appelant a été condamné à payer à l'Intimée en forme de pension pour la nourriture, l'entretien et éducation dudit enfant, depuis le jour de la naissance dudit enfant, savoir : depuis le seize avril 1861, quoique l'Intimée n'ait conclu au paiement de la pension que de la date de son action qui fut signifiée le dix avril 1862, et a été de plus condamné à payer intérêt sur les condamnations, quoique non demandé par l'Intimée ; considérant enfin que dans le jugement rendu par la cour de première instance dans cette cause le trente novembre 1863, il y a erreur, cette cour l'infirme, casse et annulle ; et procédant à prononcer le jugement que la cour de première instance eût dû rendre (sauf les modifications requises par la mort de l'enfant, arrivée depuis la date du jugement) la cour condamne l'Appelant à payer à l'Intimée cent livres courant de dommages-intérêts et le condamne de plus a payer à l'Intimée la somme de £30 12 6, pour la pension dudit enfant depuis le dix avril 1862, jour de l'assignation jusqu'au vingt-cinq avril 1864, date du décès dudit enfant, sur le pied de une livre cinq chelins par mois, et cinq livres courant pour frais de gésine, avec dépens contre l'Intimée dans cette cour et contre l'Appelant dans la cour de première instance." (10 *J.*, p. 177, et 1 *L. C. L. J.*, p. 33).

DOUTRE et DOUTRE, for Appellant.

STRACHAN BETHUNE, Q. C., counsel.

MAGLOIRE LANCTOT, for Respondent.

NOTICE OF ACTION.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Québec, June, 1866.

In Appeal from the Superior Court, district of Québec.

Coram DUVAL, C.-J., AYLWIN, J., DRUMMOND, J., and MONDELET, J.

JOSEPH F. BETTERSWORTH, Plaintiff in the Court below, Appellant, *and* CHARLES HOUGH, Defendant in the Court below, Respondent.

Held: That, where a Defendant, acting as a-constable, received a notice of action for a malicious arrest and false imprisonment under the prov. stat. 14 and 15 Vict, ch. 54, sec. 2, (C. S. L. C., ch. 101), in which the place where the party was arrested and imprisoned was not stated, this notice was insufficient and the Plaintiff subjected to a non-suit.

If the day specified in the notice as the time when the arrest and false

imprisonment took place be proved to be the day on which the Defendant acted as a constable, the Plaintiff, to avoid the necessity of a notice, will not be allowed to prove an arrest and false imprisonment made on the day previous, when the Defendant was not a constable.

This was an appeal from the judgment of the Superior Court rendered by STUART, J., on the 3rd July 1866, ordering a non-suit upon a motion made therefore by Defendant's counsel upon a point reserved at the trial. The origin and facts of the case are as follows: In the month of October, 1864, a raid was made upon the town of St. Albans, in the State of Vermont, by persons pretending to act under the Confederate States of America. Some of these persons were afterwards arrested in Canada, upon a warrant issued under the Extradition treaty with the United States, and were brought before Judge Coursol, who ordered their release. Thereupon, Judge Smith issued his warrant for a second arrest of the parties, under the provisions of the same Treaty with the United States. This was on the 15th day of December, 1864. On the nineteenth of the same month, Her Majesty issued a proclamation, offering a reward for the discovery and apprehension of the raiders mentioned in the warrant. The same day, Hough, the Defendant, arrested Joseph F. Bettersworth, the Plaintiff, at the town of Levis, supposing him to be one of the persons mentioned in the warrant, and immediately brought him before Judge Maguire, who placed him in charge of Hough and constable Foy to be taken to Montreal, for further identification. *In the afternoon of the same day, the 19th December, Hough was sworn in as constable*, but, at the time of the arrest, he was not. When brought to Montreal, it turned out that Bettersworth was not the person he had been taken for and he was accordingly released. On the 21st of January 1865 Bettersworth gave notice of action to Hough as follows: "To Charles Hough, of the City of Quebec, Livery "Stable Keeper, *acting as* and pretending to be *a constable* "*or peace officer* within the district of Quebec. We do "hereby, as the Attorneys of Joseph F. Bettersworth, late of "Bowling Green, in the State of Kentucky, and now residing "in the City of Montreal, in the Province of Canada, *a soldier* "*in the army of a certain belligerent power*, calling and "describing themselves as the Confederate States of America, "according to the form of the statute in such case made and "provided, give you notice that the said Joseph F. Bettersworth will, at the expiration of one calendar month from "the time of your being served with this notice, cause a writ "of summons to be served out of Her Majesty's Superior "Court for Lower Canada, sitting at Quebec, against you, "at the suit of the said Joseph F. Bettersworth, for that you

" *on the twentieth day of December*, one thousand eight hun-
" dred and sixty-four, unlawfully did apprehend and seize the " said Joseph F. Bettersworth, and unlawfully did detain and " keep him a prisoner for a long space of time, to wit, *for the* " *space of four days*, and other wrongs to the said Joseph F. " Bettersworth then did, against the peace of our Lady the " Queen, and to the damage of the said Joseph F. Betters- " worth of ten thousand dollars. Dated this twenty-first day " of January in the year of our Lord one thousand eight hun- " dred and sixty-five. Holt and Irvine, Attorneys for the said " Joseph Bettersworth." The endorsement on this notice was as follows: "The names of the attorneys who issue the within " mentioned writ are Charles Gates Holt and George Irvine, " holding their office in St. Peter Street, in the Lower Town " of the City of Quebec. Holt and Irvine." On the 22nd February, 1865, a writ of summons issued, returnable on the 6th day of March following. In Plaintiff's declaration it was alleged that, on the *twentieth day of December*, Plaintiff was, at the town of Lévis, arrested by Defendant, was brought by him to Quebec, and there kept a prisoner in his (Hough's) house for two days, and that, in so arresting him, Defendant acted *maliciously, wickedly, vindictively, and without any reasonable or probable cause.* The pleas were: 1st. *Not guilty*; and 2nd. That, under the circumstances, Defendant had every reasonable and probable cause for arresting Plaintiff, although a mistake had been committed as to Plaintiff being named in the warrant. On this issue the following questions were settled for a jury by the honourable Judge who tried the cause: 1. Did Defendant arrest and imprison Plaintiff in the month of December last, and where? 2. Had the Honourable James Smith, one of the Judges of the Superior Court, for Lower Canada, residing at Montreal, at that time, issued his warrant for the arrest of certain persons, and, if so, whom, upon a charge of murder and robbery, committed at the town of St. Albans, in the State of Vermont, one of the United States of America; and was a proclamation duly issued offering a reward for the apprehension of the persons mentioned in the warrant of the said James Smith? 3. Was the said warrant put into the hands of Defendant as a constable, or peace-officer, to be executed? 4. Did Defendant so arrest Plaintiff and detain him with or without warrant, and with or without reasonable or probable cause? 5. Did Plaintiff suffer any and what damage from his arrest and detention by Defendant? At the trial the service of the above notice was duly proved, and the following motion was then made on behalf of Defendant: "That, inasmuch as the notice of action does not state " the cause of action *with reasonable clearness*, by shewing

"*where* the acts complained of were performed, nor at what "time, nor that they were performed *maliciously* and *with-* "*out reasonable or probable cause*; and, inasmuch as by the "statute in such case made and provided, Plaintiff is bound "and is not allowed thereby to give evidence *of any other* "*cause of action than* that stated in the said notice, and inas- "much as no legal cause of action whatever is stated in the "notice, Plaintiff be precluded from the adduction of evidence "in the cause upon the ground that the said notice is no "notice of action in conformity with the said statute and "that a non-suit be entered." G. O. STUART, Q. C., in support of this motion, argued that the requirements of the statute (C. S. L. C., p. 901) had not been complied with, because the cause of action had not been specified with reasonable clearness *in the notice*, and referred to the english statute (24 Geo. II, c. 44), substantially the same requiring notice to be given to justices and others, in which the words corresponding to the provincial statute are that in the notice the cause of action must be *clearly and explicitly explained*. The cases he cited were: *Lovelace* vs. *Curry*, 7 Term R., 631; *Strickland* vs. *Ward*, in note to last; *Martins* vs. *Upcher*, *Adolphus* and *Ellis*, Q. B. R., vol. 3, p. 662, in which the same point arose as to whether it was necessary to state the place in the notice of action, it being decided in the affirmative, and that it was not enough to name the day; the next case cited was that of *Breeze* vs. *Jerdein*, 45 vol. *English Com. Law R.*, p. 583, in which it was also held that *time and place* were *both essential*. IRVINE, *contra*, having been heard upon this motion, a right was reserved to the Defendant to move for a non-suit. The Appellant then continued to proceed with his evidence, and upon his attempting to prove an arrest and imprisonment anterior to the twentieth of December and the four following days, as stated *in the notice of action*, Respondent objected, and the objection was recorded and reserved. The Appellant proved that he was in custody on the twentieth, that Respondent had been then sworn in as a constable, and the other facts connected with the arrest, and then the following motion was made on behalf of Respondent, without prejudice to the motion already made, to wit: "That, inasmuch as Defendent acted as a constable on "the twentieth day of December last, inasmuch also as the "acts complained of in and by Plaintiff's declaration are "alleged to have taken place on the same day, inasmuch "also as it is proved that the acts complained of were "performed on the same day, inasmuch as no malice on "the part of Defendant is proved, inasmuch also as it has "been proved that he acted with reasonable and probable

"cause, and that the question of malice and reasonable and "probable cause *is a question of law* for this court to determine, it be declared that no cause of action against Defendant exists and that he be subject to a non-suit." It had been proved that a warrant was issued for the arrest of the persons mentioned in Respondent's plea, who were charged with robbery and murder, that, *on the twentieth of December and four following days*, the period expressly stated in the *notice* of action and in the *declaration*, Respondent was a constable charged with a warrant against the St. Alban's raiders, sworn in as such on the 19th of December, and that he acted as such under the express orders of the Judge of Sessions at Quebec. After the argument upon the last mentioned motion, the court reserved to Respondent upon it also the right of moving for a non-suit on the ground therein stated. The following motion was then made by Plaintiff: "For *acte* "of his declaration, that he restricts and limits his demand in "the present action to damages for the wrongful arrest of "Plaintiff and his detention, up to the time of the alleged "swearing in of Defendant as a constable before Judge Maguire, in December last." The Plaintiff was allowed to fyle this declaration, and no judgment was pronounced upon it. The case then went to the jury, when the following answers were given in by them: "To the 1st Question: The Defendant did arrest and imprison Plaintiff at the town of Levis "in the month of December last. To the 2nd Question. The "Honourable James Smith had, at the time, issued his warrant for the arrest of certain persons, to wit, Samuel Eugene "Lackey, Squire Turner Teavis, Alexander Pope Bruce, "Charles Moore Swager, George Scott, Bennett H. Young, "Caleb McDowall Wallace, James Alexander Doty, Joseph "McGrorty, Samuel Simpson Gregg, Dudley Moore, Thomas "Bronsdon Collins, Marcus Spurr and William H. Hutchinson. and *a proclamation had been duly issued offering a reward for the apprehension of the persons mentioned in the warrant of the said James Smith.*" To the 3rd Question. "The said warrant was not put into the hands of the said "Defendant as a constable or peace officer to be executed." To the 4th Question. "The Defendant did arrest and detain the "Plaintiff without a warrant, and without a reasonable and "probable cause." To the 5th Question. "The Plaintiff did "suffer damage from his arrest and detention by Defendant and "to the extent of five hundred dollars." In the term after the trial a motion on behalf of Defendant was made for a nonsuit: and a motion also was made by Plaintiff for judgment according to verdict. The motion of Defendant was made on several grounds, and among others on the following: That the

notice of action was insufficient both as to time and place and contained no ground of action whatever; that Plaintiff had endeavoured to change his cause of action by limiting his demand for damages to the arrest and detention before Hough was sworn in as a constable, namely to the morning of the 19th December, whereas this demand was not referred to in the notice or made by the declaration; which does not claim damages for any arrest or detention prior to the twentieth December on which day it was proved at the trial Hough had already been sworn in as a constable. On the third of July, 1865, STUART, J., gave judgment as follows on the Defendant's motion: The notice of action required by the Provincial statute is substantially the same as that required by a statute in England. It is not sufficient that the day alone, when the arrest and imprisonment took place, be stated in the notice. but the place where, which has been omitted. It is more necessary here than it is in England, where the cause of action attaches to the person of the Defendant who can be sued anywhere. In this country the jurisdiction of the court does not extend beyond the district in which the injury sustained was committed. In this case an arrest and imprisonment appear to have been made on the 19th December and the following days, partly in the district of Quebec and partly in the district of Montreal. Our statute enacts that the action must be in the place where the injury complained of was committed. Although in ordinary cases the date is not material, it is so in this, because on the 19th the Defendant was not a constable at the time of the first arrest. The notice of action is for the 20th, when he had been sworn in as a constable, and in the declaration he is charged with having acted as a constable on the 20th. But the counsel for the Defendant ingeniously say that they will drop the 20th and go upon the 19th, as the arrest extended from that to the following days. But this cannot be: they say that the arrest was as a constable on the 20th and they have given their notice for that and the following days. The place therefore should have been stated, and it was so held in the case of *Martins* vs. *Upcher*, Ad. & El. reports, Q. B. R., p. 262, viz: That the notice must specify the place at which the act complained of occurred, and in rendering his judgment on the point, Lord Denman said, " The language of the Act requires " that the causes of action shall be clearly and explicitly con- " tained in the notice, and unless *time* and *place* be stated the " cause is not clearly and explicitly stated. Lord Abinger, C. " B., in *Bennett* vs. *Broughton*, appears to have thought both " necessary." I am therefore compelled to grant the Defendant's motion for a non-suit. The following is the formal judgment

from which this appeal was instituted : " The court, considering that the declaration which contains but one count, after " setting forth in the usual terms, an arrest and imprisonment of Plaintiff by Defendant, at the town of Levis, in the " the district of Quebec, on the twentieth day of december " last, proceeds with the allegation that Defendant, in arresting and imprisoning Plaintiff, acted maliciously, wickedly, " vindictively and without any reasonable and probable cause " and without any lawful warrant whatever, and then and " there falsely and wrongfully pretended that he was a " constable or peace officer, and that he had a lawful warrant " for the arrest of Plaintiff, whereas, in truth, he, Defendant, " was not a constable or peace officer, and had no warrant for " the arrest of Plaintiff, and Plaintiff had not committed any " crime whatever whereof he could be lawfully subjected to " arrest or imprisonment in this Province, and that Plaintiff " had given to Defendant notice of the institution of the present action for more than one calendar month previous to " the institution of the same, and that Plaintiff, moreover, established in evidence that on the twenty-first of January " last a notice of action, addressed to Defendant by the name " and addition of Charles Hough, of the city of Quebec, Livery " Stable Keeper, acting as and pretending to be a constable or " peace officer within the district of Quebec, was by Plaintiff " served upon Defendant ; thus proving, as well by the declaration as by the notice of action, that Plaintiff's action is " directed against Defendant for alleged grievances committed " by him when acting as a constable or peace officer. And considering that it is established in evidence that, on the said " twentieth day of December last, Defendant was in truth a " constable or peace officer for this district, and was fulfilling " the duty of such, and that, by law, no writ could be sued " out against him, nor can any judgment be rendered against " him in the present cause, unless notice in writing of the " present action specifying the cause of action with reasonable " clearness had been delivered to Defendant, at last one month " before sueing out such writ. Considering that no sufficient " notice of action, as required by law, was served upon Defendant by Plaintiff, and that, consequently no judgment " can be rendered against Defendant, the Court doth dismiss Plaintiff's motion for judgment pursuant to verdict, and " doth grant Defendant's motion for a non-suit, and doth " accordingly, dismiss the present action with costs." IRVINE, for the Appellant, contended, in support of this appeal, that the questions to be decided by the Court resolved themselves into the following : " 1st. Was the Appellant bound by law to " give to Respondent notice of the present action ? 2nd. If he

were bound to do so, was the notice, which it is proved was given to Respondent, sufficient? 3rd. Does the error as to the date of the arrest prevent the Appellant from recovering? First then with regard to the necessity for any notice of action. The consolidated Statutes of Lower Canada, cap. 101, section 1, enact that "No writ shall be sued out against any Justice of the Peace or other officer or person fulfilling any public duty, for any thing by him done in the performance of such public duty whether such duty arises out of the Common Law or is imposed by Act of Parliament, either Imperial or Provincial, nor shall any judgment or verdict be rendered against him unless notice in writing of such intended writ, specifying the cause of action with reasonable clearness, has been delivered to such justice, officer or other person, or left at the usual place of his abode by the attorney or agent of the party who intends to sue out such writ, at least one month before sueing out such writ." The Jury have only found in this case an arrest and detention of the Appellant at Levis; the subsequent treatment of him by the Respondent, the bringing of him to Quebec and the detention in the Respondent's house is altogether ignored. When Respondent made the arrest at Levis, it was on the 19th of December, he then held no warrant for the arrest of any one, he was not a constable, and he was discharging no public duty, he was simply going on his own responsibility to arrest certain accused persons for the sake of obtaining a reward. It cannot be pretended that he was one of the persons intended to be protected by the Statute, that law was intended to apply to persons holding offices which compel them to discharge certain duties, and who commit errors in the *bonâ fide* discharge of duties which their office makes obligatory on them. The Counsel for Respondent in the Court below argued that because a proclamation had been issued offerring a reward for the apprehension of the persons against whom Judge SMITH's warrant had issued, it became the public duty of all her Majesty's subjects to endeavour to arrest the accused, but such a proposition is too unreasonable to require an answer, and moreover the proclamation only calls upon the public to give information which will lead to the arrest of the raiders, and does not require private citizens to leave their own business to go in pursuit of them. The responsibility which the Respondent incurred is well explained in the authorities. If a private person apprehended another on suspicion of felony he does it at his peril, and reasonable and probable cause, will not justify a private person as it may in certain cases justify a constable, but can only be urged in

" mitigation of damages. Stephens, *Nisi Prius*, vol. 3, p. 2029; " Addison, *on Wrongs*, p. 402. " A strong personal resemblance " between the Plaintiff and the culprit is no justification to " this action when the arrest is made by a private person." " Rayner *vs.* Garman, 1 Foster and Finlayson's *Nisi Prius*, " p. 700. It is again urged by the Respondent and by the " learned judge in the court below that the declaration alleges " that a notice was given and that the action was based on the " notice; it is quite true that a notice of the action was given " and that the fact is alleged, but if the giving of the notice " was unnecessary, on what principle can it be contended that " the giving of a notice, which would be insufficient in a case " where a notice was necessary, is fatal to an action for which " no notice whatever is required? 2nd. The Appellant submits " that the notice of action which actually was given to the " Respondent was sufficient to meet the requirements of the " statute, if it were shown that the Respondent was entitled " to such notice. The form used was copied from Badgley's " Practice, p. 68, form No. 8, and appears to have been in use " in England, until it was held to be insufficient by the deci- " sion of the Court of Queen's Bench in the case of *Martins* " vs. *Upcher*, 3 Adolphus and Ellis, p. 662. The words of the " English Statute 24 Geo. II, cap. 44, sec. 1, require that the " cause of action should be clearly and explicitly contained " in the notice; the Canadian Statute cited above, requires " that the notice should specify the cause of action with rea- " sonable clearness; it is evident that the words of our statutes " are not so strict as those of the English Act; and the courts " have not been in the habit of exacting the same strictness " as that required in the case of *Martins* vs. *Upcher;* see the " opinions, Ch. J. LAFONTAINE and J. DUVAL in the case of " Talbot and Montizambert, 8 *R. J. R. Q.*, p. 366, in which it " was held that a notarial protest was sufficient notice of action " to a public officer sued for damages occasioned by an omis- " sion in the performance of a public duty. (1) 3rd. The last " objection raised by Respondent and adopted by the court " below was founded in an error as to the date of the arrest

(1) Le régistrateur qui, par erreur ou par négligence, a, dans le certificat délivré par lui, fait défaut de mentionner une hypothèque relative à l'immeuble qui lui est indiqué, peut être soumis à des dommages-intérêts. L'acquereur qui a agi sur la foi d'un tel certificat et qui est troublé dans sa possession, doit, s'il veut se faire indemniser des dommages qu'il a éprouvés, appeler le régistrateur en garantie. Un protêt notarié peut tenir lieu de l'avis d'action à un fonctionnaire public poursuivi en dommages pour omission dans l'exercice de ses fonctions. (*Montizambert* et *Talbot dit Gervais*, C. B. R., Québec, 19 juin 1860, LAFONTAINE, J. en C., dissident, AYLWIN, J., DUVAL, J., dissident, MONDELET, J., et BADGLEY, J., infirmant le jugement de C. S., Québec, 1er avril 1859, 8 R. J. R. Q., p. 364).

complained of; the declaration alleges that the Respondent
" arrested the Appellant at Lévis on the 20th December, whilst
" the evidence shews the arrest to have been on the 19th of
" that month. In cases of this kind an error as to date has
" never been considered material: for English authorities on
" the subject the court is referred particularly to Addison, *on*
" *Wrongs*, p. 425; *Chesley* vs. *Barnes*, 10 East, p. 80. The
" pleadings show that the Respondent was not led astray by
" this error, for he alleges in his plea that the arrest took place
" on the 19th and that the arrest on that day is the same as
" that complained of in the declaration. This allegation would
" cover the error if it were material. But Respondent argues:
" it is true that you intended to complain of and have proved
" an arrest on the 19th December, and that is the arrest which
" I have justified in my plea, but you have charged me with
" acts done on the 20th December, and on that day I was a
" duly appointed constable for the district of Quebec, and
" because of the error in your declaration, I can make use of
" my legal position, subsequently acquired, to justify my pro-
" ceedings of the day before. Such an argument, if founded on
" fact, would not be of any avail to the Respondent. If the
" error as to the day is material, then of course the action
" must fail, if on the other hand it is indifferent, then we have
" nothing to do with what took place on the 20th. But in truth
" Hough never was a constable. Maguire, in his evidence, says
" that, after the arrest of Appellant he swore in Respondent
" as a special constable, but there was no oath in writing, and
" no record was made of the appointment. The manner of
" appointing constables is provided in Con. Stat. of L. C., cap.
" 100, sec. 3, and from that it appears that no official cha-
" racter was at any time conferred on the Respondent." There
can be no doubt that the illegal arrest of Appellant has caused him serious loss, he was prevented from returning to his home and was left without friends and without means of support in a strange country; and the comparatively trifling compensation which the verdict of the jury has allowed him, has been hitherto withheld from him on technical grounds, which it is hoped, have been shewn to be without foundation. On the part of Defendant's motion it was urged by G. O. Stuart, Q. C.: 1st That allegations as to time are material and must be strictly proved, and the party limited to them when descriptive of the identity of the subject of the action. As where a Plaintiff sues a person for an act performed by him on a day certain, as a public officer, gives notice of action for the thing done by such person, *acting as and pretending to be a public officer*, and moreover, *proves things done on that day* as a public officer, he cannot cumulate and superadd an other cause of action and

proof of what was done at another time by the same person in his private and individual capacity : the identity of the subject of the action being determined by Plaintiff's own choice. If allowed to do so under colour of proof of that which was done as a private individual damages would be recovered for that which was done as a public officer. 1 Greenleaf, *on evidence*, § 61, 63 ; 2 Greenleaf, *on evidence*, § 86. Same rule in Criminal and Civil pleading, 1 Greenleaf, § 65 ; Archbold, on Criminal Pleading, 176 ; *Stante* vs. *Pruket*, 1 Campbell, 473 ; 1 Starkie, *on Evidence*, p. 454. 2nd. In an action against a person fulfilling a public duty the Plaintiff must give a notice specifying the cause of action with reasonable clearness. Cons. Stat. L. C., p. 901. The Plaintiff is bound by such notice and not allowed to give evidence of any other cause of action. Ibid., s.-section 2. The action must be laid and tried within the district where the act complained of was done. Ibid., s.-section 3. And under general issue all matters may be given in excuse. Ibid., s.-section 4. 3rd. No place is mentioned in the notice which was essential, and sub-section 2 above cited applies. *Lovelace* vs. *Curry*, 7 T. R., 631 ; *Martins* vs. *Upcher*, 3 B. Rep., p. 662, Adolphus and Ellis ; *Breeze* vs. *Jerdein*, 45 Eng. Com. Law Rep., p. 583 ; *Jacklyn* vs. *Fitche*, 14 Meeson and Welsby, 380 ; *Asted* vs. *Stocks et al.*, 4 Bing., 509 ; 1 Greenleaf, *on Evidence*, § 62. This *being a local action*. 4th. The cause of action is not stated with reasonable clearness, because the words maliciously and without reasonable and probable cause, are omitted in the notice, and because the mere circumstance of a person acting as a constable arresting another is not *in se* actionable. *Breeze* vs. *Jerdein* and *Jacklyn* vs. *Fitche* above cited, also *Musgrove* and *Newell*, 1 M. and W., 582. 5th. That as the Respondent acted under the authority of a magistrate who had warrants sent to him on the 15th and 19th Dec. in conjunction with constables and under the Queen's Proclamation, he is not liable unless malice and want of probable cause has been shewn. As to *Hu*[illegible] *Cry*, 2 Hales P. C., 100 ; 4 Bl. C. Com., 293 ; Ib., vol. 1, p. 2[illegible] If a private person has reasonable and prob[illegible]ause for giving a person in charge he is not liable for t[illegible], where felony is committed. 2 Starkie, on *Evidence*, part [illegible] page 603, note [illegible] 1 Hilliard, on *Torts*, § 20 ; *Musgrove* vs. *Newell*, 1 M. and W., 582. A mistake without malice is not actionable. Starkie, on *Evidence*, part. 1, vol. 2, p. 688 ; *Spencer* and *Jacob*, 1 M. and W., 280. 6th. Reasonable and probable cause, the facts alone being found by a Jury, is a question of law to be decided by the Court, and if the Court is of opinion that there is reasonable and probable cause, upon a reservation of the question it will order a non-suit. 1 Hilliard, on *Torts*, p. 235, No. 27 ;

1 Taylor, on *Evidence*, p. 35, § 26; 2 Starkie, on *Evidence*, 603-4; *Ritchie* vs. *Flower*, Rob. Index, 132; *Musgrove* and *Nowell*, 11 *Meeson* and *Welsby* 204; *Mitchell* vs. *Williams*, 1 T. R., 545, *Sutton* vs. *Johnson*. The facts disclosed in evidence, it was here contended, established that the Defendant had reasonable and probable cause. The argument lasted for two days. The case was then taken on *délibéré* and on the twenty-first of June last judgment was given in appeal by DUVAL, C. J.

DUVAL, C. J., said that the "court having examined the case and the authorities cited had come to the conclusion: 1. That a notice of action was necessary, and 2. That the notice given was insufficient, upon the grounds urged in the Defendant's motion for non-suit, and that, therefore, the judgment of the Court below must be confirmed with costs." AYLWIN J., MEREDITH J., DRUMMOND J., and MONDELET J., concurred. Judgment confirmed. (10 *J.*, p. 184, et 16 *D.T.B.C.*, p. 419.)

HOLT and IRVINE, for Appellants.

STUART and MURPHY, for Respondents.

CERTIORARI.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th May, 1866.

Coram BADGLEY, J.

Ex parte LEROUX, for *Certiorari*.

Held: That the commissioners to whom a writ of *certiorari* has been addressed, and who have failed to make a proper return, will be mulcted in costs. (1)

The petitioner moved the Court, on the 17th May, 1866, for a rule against certain commissioners "auxquels le writ de *certiorari* a été signifié, en autant qu'ils ne se sont pas conformés aux exigences du writ et n'ont pas fait un retour suivant la loi, leur ordonnant de comparaitre le 26 mai pour faire leur rapport et être condamnés personnellement aux dépens des présentes." The judgment is as follows: "The Commissioners having failed to comply with the requirements of the writ of *certiorari* addressed to them, and having failed to appear and answer to the rule issued are condemned jointly and severally to pay to the Petitioner 40s for his costs, in this behalf, and it is ordered that a peremptory rule and order issue against them for the purposes of the said first rule, and

(1) V. art. 1230 C. P. C.

to shew cause why they shall not be held in contempt of this Court, and ordered to be committed to the common jail for contempt. Rule absolute. (10 *J.*, p. 193.)

BONDY and FAUTEUX, Attorneys for petitioner.

MARGUILLIERS.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL,

Montréal, 4 Septembre 1869.

Coram DUVAL, CARON, DRUMMOND, BADGLEY et POLETTE, Juges.

MARC A. GIRARD, Appelant, *et* HENRI CHOQUET, Intimé.

Jugé : 1o. Que le marguillier en charge est responsable de tous les deniers de la fabrique et qu'à cause de cela il en a la garde exclusive.

2o. Que ces deniers doivent être déposés dans le coffre-fort de la fabrique, s'il y en a un, ou mis entre les mains du marguillier en charge, s'il n'y en a pas, et que dans l'un et l'autre cas, c'est le marguillier comptable qui en a la garde et en est responsable.

3o. Qu'en vertu de ce principe, c'est le marguillier comptable qui a droit de percevoir et garder les deniers provenant du reliquat de compte du marguillier sortant de charge, et qu'une assemblée de fabrique ne peut valablement statuer de mettre ce reliquat de compte en dépôt entre les mains d'une tierce personne, de manière à décharger le marguillier comptable de sa responsabilité au regard de ce reliquat de compte, et de lui enlever son droit à le percevoir.

4o. Que dans l'espèce, il n'y a pas eu de dépôt, dans ce sens, entre les mains de l'Appelant.

Le 10 juillet, 1865, l'Appelant poursuivit l'Intimé devant la Cour de Circuit de Montréal, pour une somme de $151.98. Par sa déclaration l'Appelant alléguait que, le 31 juillet, 1858, en la paroisse de Varennes, Ambroise Savariat, alors marguillier comptable et sortant de charge, aurait rendu ses comptes de marguillier, montrant qu'il avait en mains un reliquat de compte de 3421 livres ancien cours, égale à la somme de $570. 20 centins appartenant à la fabrique de la paroisse, et que, là et alors, c'est-à-dire à l'assemblée à laquelle ces comptes étaient rendus, ladite somme de $570.20 centins " fut déposée par l'œuvre et fabrique dela paroisse de Sainte-Anne-de-Varennes entre les mains du Demandeur, pour par lui être remise quand il en serait requis par *une assemblée* de fabrique de la paroisse." Que le présent Intimé, succéda audit Ambroise Savariat, comme marguillier en charge. Que durant son année de comptabilité, l'Intimé réussit par de fausses menées et sous de fausses représentations à se faire remettre par l'Appelant le montant déposé comme ci-dessus mentionné entre ses mains. Que le présent Appelant, agissant de bonne foi et s'en rapportant à la parole dudit Intimé, qui se disait autorisé à retirer ledit dépôt, lui en versa et paya le montant entre les mains, le

ou vers le 31 janvier, 1858, suivant qu'il apparaîssait à l'acte du 16 novembre 1860 produit au soutient de la déclaration du Demandeur. Que, le 10 mars, 1859, ledit Intimé, Henri Choquet, rendit les comptes de son année de comptabilité comme marguillier en charge, et il porta au chapitre des recettes la somme de $570 et 20 centins, déposée comme déjà dit, entre les mains du présent Appelant et que ledit Intimé s'était fait remettre et payer. Qu'à ladite assemblée de fabrique, il fut reconnu et décidé que ledit Intimé n'avait jamais eu l'autorisation de retirer le dépôt fait entre les mains de l'Appelant, et ce dernier en fut tenu responsable vis-à-vis de la fabrique de sa paroisse. Que ledit Appelant fut en effet obligé, peu de temps après, de payer et rembourser à la fabrique le montant dudit dépôt. Que l'Intimé, pour aider l'Appelant à rembourser ce dépôt à la fabrique, lui remit une partie des fonds nécessaires pour cette fin, c'est à savoir : il lui remboursa la somme de $418.22 centins, restant endetté envers lui en une balance de $151.98 centins, qu'il promit alors lui payer et remettre à demande ; ce qu'il a toujours négligé de faire depuis. Puis l'Appelant conclut à ce que ledit Intimé fût condamné à lui payer ladite somme de $151.98." A cette action, l'Intimé a plaidé : 1° Qu'il n'y avait jamais eu *dépôt réel* de la somme de $570.20 entre les mains de l'Appelant, mais que cette somme, avec les autres deniers de la fabrique, avait été remise à ce dernier, en sa qualité de *clerc de fabrique*, ou secrétaire-trésorier de la paroisse de Varennes, charge qu'il occupait depuis deux ans. 2° Que c'était l'Intimé, qui, en sa qualité de marguillier en charge, avait le droit de percevoir les deniers dus à la fabrique ; de s'en servir pour payer les dettes et que l'Appelant n'avait aucun droit de répéter de lui ces deniers. 3° Que la somme de $570.20 avait été payée par l'Intimé en acquit des dettes de la fabrique et que l'application qu'il en avait faite était valide. 4° Que l'Intimé ne s'était pas servi de fausses représentations pour retirer cette somme de l'Appelant, mais qu'au contraire, ce dernier la lui avait remise en reconnaissant son droit de la percevoir comme marguillier comptable. 5° Que l'acte de reconnaissance du 16 Novembre 1860 avait été extorqué de l'Intimé par dol, fausses représentations et abus frauduleux de la part de l'Appelant. 6° Que l'Intimé n'avait pas remboursé à l'Appelant une partie de la somme de $570.20 ; et qu'il n'avait pas encore rendu ses comptes comme marguillier en charge, l'assemblée, à laquelle l'Appelant prétend qu'il l'avait fait, n'ayant pas été tenue régulièrement et légalement et ayant été dispersée sans adopter une seule mesure. 7° Qu'enfin, l'action de l'Appelant était vexatoire, malicieuse et intentée dans le but de causer du trouble et de nuire à l'Intimé : que l'Appelant n'avait jamais

remboursé réellement la somme de $570.20 à la fabrique ; qu'il n'avait aucun intérêt dans cette action ; qu'il n'était qu'un prête-nom et que le vrai Demandeur dans la cause était la fabrique de Varennes, qui voulait, au moyen d'un subterfuge, extorquer de l'Intimé la somme de $151.98. Le 9 Juillet 1867, la Cour de Circuit de Montréal, présidée par l'Honorable Juge MONK, rendit jugement en faveur de l'Appelant dans les termes suivants : " Considérant que le Demandeur a suffisam-" ment prouvé et établi les allégués essentiels de sa demande, " condamne le Défendeur à payer au Demandeur la somme de " $151.98, étant la balance d'un dépôt fait entre les mains du " Demandeur, le 31 Janvier 1868, par Ambroise Savaria, mar-" guillier de l'œuvre et fabrique de la paroisse de Varennes " rendant compte, et que le Demandeur a le même jour remis " au Défendeur en cette cause, alors que celui-ci était mar-" guillier en charge de la paroisse, croyant qu'il avait qualité " de recevoir ledit montant ; mais que la fabrique ayant " depuis forcé le Demandeur à lui rembourser cette balance, " ce dernier se trouve obligé de la répéter du Demandeur, " dans et par la présente demande et action, avec intérêt sur " la susdite somme de $151.98 depuis et à compter du 10 mars " 1861 jusqu'à paiement." L'Intimé en a appelé à la Cour de Revision qui a cassé le jugement de la Cour de Circuit et rendu sentence comme suit le 30 octobre 1868 : " La Cour Supérieure, siégeant à Montréal, en Revision. Considérant que le Demandeur n'a pas fait preuve des allégués essentiels de sa déclaration, et nommément, que le Défendeur a obtenu de lui la somme de 3421 livres ancien cours, par de fausses menées et de fausses représentations, non plus qu'aucune partie de ladite somme d'argent ; considérant, par conséquent, que, dans le jugement dont est appel, du 9 juillet 1867, il y a erreur, cette Cour l'infirme et le met au néant, et rendant celui qu'aurait dû rendre la Cour de Circuit, maintient l'exception du Défendeur et déboute l'action du Demandeur. " L'honorable juge Monk ne concourt pas dans ce jugement." Appel fut porté par Girard, devant la Cour du Banc de la Reine. Au soutien de son appel, l'Appelant prétendit : Que la fabrique de Varennes avait fait entre ses mains un dépôt spécial de la somme de $570.20. Que ce dépôt était prouvé de la manière la plus claire : que ce n'était pas en sa qualité de *clerc* de la fabrique qu'il avait eu cette somme, mais qu'elle lui avait été déposée pour être remise à qui de droit *sur une résolution passée régulièrement par la fabrique.* Que l'Intimé lui avait donné à entendre qu'il était autorisé par la fabrique à retirer cette somme tandis qu'il ne l'était pas, et que c'était sur ces fausses représentations que l'Appelant avait consenti à livrer le dépôt à l'Intimé. Que l'Intimé n'étant pas autorisé à retirer

ce dépôt, l'Appelant avait été obligé d'en rembourser le montant à la fabrique qui l'en avait requis et notifié à une assemblée régulière. Que l'Intimé avait reconnu sa conduite frauduleuse envers l'Appelant en lui remboursant une partie du dépôt, savoir $418.23, avec promesse de lui payer la balance de $151. 98 réclamée par cette action. De son côté l'Intimé soutenait: Qu'il n'y avait aucune preuve d'un *dépôt réel*; que la preuve, produite par l'Appelant pour prouver ce dépôt, révélait que l'argent lui avait été mis en mains, en sa qualité de *clerc* de la fabrique, à la date du 31 janvier 1858, comme suit: "Par "les comptes, il appert qu'il reste déposé entre les mains de "Marc-Amable Girard, *faisant les fonctions de clerc de fa-"brique*, une somme de trois mille quatre cent vingt et une "livres et quatre sous, ancien cours, balance de son compte en argent," c'est-à-dire du compte de A. Savariat, marguillier sortant de charge. Que Girard était le dépositaire des argents de la fabrique, depuis dix à douze ans, en sa qualité de *clerc*, et que lui seul en gérait les affaires sans l'intervention du marguillier en charge; et cela moyennant un salaire. Que, d'après la lettre même du régistre des délibérations, il était évident que le prétendu dépôt n'avait aucun des caractères du *dépôt légal*, et que, dans ce cas, *comme toujours*, l'Appelant ne faisait que remplir les *fonctions de clerc de fabrique*. Que l'acte du 16 novembre, 1860, qui paraîssait comporter une reconnaissance du dépôt de la part de l'Intimé, était un acte fait par l'Appelant dans le but de surprendre la bonne foi de l'Intimé, qui ne savait ni lire ni écrire et n'était pas en état d'en apprécier la portée. Mais que, même en admettant, qu'il y aurait eu *dépôt légal* et que l'Intimé aurait réussi, par fausses représentations, à toucher ce dépôt, l'action de l'Appelant devait encore être déboutée pour deux raisons: la 1re, parce que l'Intimé, en sa qualité de marguillier en charge, avait droit de percevoir ce dépôt: qu'en le livrant à l'Intimé, l'Appelant s'est trouvé libéré de toute responsabilité vis-à-vis de la fabrique: et que, s'il en avait un compte à rendre, c'était à la fabrique et non à l'Appelant qu'il devait le faire. L'Intimé étayait cette prétention des autorités suivantes: Guyot, vo. marguillier; Pothier, dépôt, No, 49; Langevin, page 116; Desautels, page 41, Nos 3, 4, 8, et page 35, Nos 7, 8, 9. La 2e, parce que l'Intimé, en sa qualité de marguillier, avait payé des dettes reconnues et approuvées de la fabrique avec l'argent de ce dépôt: et qu'en faisant rembourser cette somme à l'Appelant, la fabrique se trouvait à faire rembourser la même somme deux fois. Que, du reste, il était évident, d'après toutes les circonstances de la cause, que l'Appelant n'était que le prête-nom de la fabrique, qui se refusait à approuver les comptes de l'Intimé et qui prenait ce moyen détourné pour

tracasser ce dernier, et lui faire remettre ce qu'il avait valablement payé pour elle. La Cour d'Appel a confirmé le jugement de la Cour de Revision.

Le Juge-en-Chef DUVAL: L'Appelant Girard était l'agent ou le commis de la fabrique. Comme tel, il reçoit une somme d'argent et sur la demande de Choquet, l'Intimé alors marguillier en charge, il la lui remet. Plus tard la fabrique dit à Girard, " le marguillier n'avait pas le droit de retirer cet argent, on l'avait mis en dépôt entre vos mains pour un but spécial, rendez-nous le." Girard remit cette somme à la fabrique et maintenant il poursuit Choquet en disant : " Remettez-moi à votre tour cet argent que vous avez reçu de moi sans droit." A cela Choquet répond, et avec raison : 1o. Il n'y a jamais eu de dépôt spécial. La fabrique a mis une somme d'argent, le reliquat de compte de mon prédécesseur, entre vos mains, comme commis de la fabrique, c'est-à-dire, comme commis du marguillier en charge et non autrement ; et 2o. Quand même il y aurait eu un dépôt spécial, vous n'auriez pas pu m'empêcher, moi marguillier en charge, de le retirer." Dans les deux cas, nous maintenons que le marguillier en charge avait le pouvoir de retirer cet argent de Girard et la fabrique ne pouvait pas forcer celui-ci à payer deux fois. D'ailleurs la fabrique était sans intérêt à forcer Girard de remettre le dépôt et à prétendre que Choquet n'avait pas le droit de retirer cet argent du commis, puisque ce dernier ne s'en est servi que pour payer et acquitter une dette de la fabrique alors due et réclamée. Le marguillier a bien fait de retirer cet argent du coffre du commis, où il dormait inactif, pour payer cette dette, éteindre les intérêts et éviter une poursuite ; et maintenant si la fabrique pouvait forcer le marguillier de rembourser cet argent, celui-ci viendrait avec la dette qu'il a payée et comme subrogé au créancier de la fabrique, il poursuivrait cette dernière, pour se la faire remettre, de sorte qu'on aurait le luxe de deux procès inutiles.

L'hon. Juge POLETTE : Le montant réclamé par l'Appelant forme partie du reliquat de compte rendu par Savariat, marguillier sortant de charge, et auquel a succédé l'Intimé comme premier marguillier en exercice de l'Œuvre et Fabrique de Varennes. Qui devait recevoir ce reliquat ? Entre les mains de qui devait-il être déposé ? L'Appelant dit que l'assemblée, à laquelle Savariat rendit son compte, ordonna que le reliquat en fut déposé entre ses mains, pour par lui ne le remettre, que lorsqu'il en serait requis par une assemblée de fabrique. L'Intimé soutient que ce reliquat devait lui être payé et qu'il avait le droit d'exiger que l'Appelant le lui remit. Le premier marguiller en exercice est le receveur et le dépositaire légal des deniers de la fabrique ; il les garde entre ses mains, si la fa-

brique n'a pas de coffre-fort. Il ne paraît pas par le dossier que la fabrique de Varennes en ait. Aussi en est-il responsable et obligé d'en rendre compte ; ce qui ne pourrait pas avoir lieu, s'il était permis de les placer en d'autres mains, car personne ne peut être responsable d'un fait, d'un acte, sur lequel il n'a pas de contrôle. Les marguilliers contractent la même obligation que le tuteur. Ils répondent des biens de la fabrique et de ses revenus, tout comme le tuteur répond de ceux de ses pupilles. Quand même il existerait un commis, un agent, pour recevoir les deniers de la fabrique, les droits, la responsabilité du premier marguillier en exercice n'en seraient pas diminués ; ce commis, cet agent, ne serait que le sien, et non celui de la fabrique. A défaut de loi, l'on peut invoquer l'usage, et les tribunaux s'y conforment lorsqu'il n'est pas abusif ; mais ici, la loi règle la matière et l'on ne peut y contrevenir. L'Intimé avait donc le droit d'obliger l'Appelant de lui remettre le reliquat de compte de son prédécesseur. L'Assemblée de fabrique, sur la délibération de laquelle l'Appelant fonde sa prétention, ne pouvait pas l'en priver ; et en payant ce reliquat à l'Intimé, comme il l'a fait, l'Appelant en était véritablement déchargé. Ces principes sont clairement énoncés dans les citations suivantes, et ne doivent pas, je crois, laisser la moindre prise au doute. " Les marguilliers ne doivent pas ignorer que leur obli- " gation envers la fabrique est celle d'un tuteur envers les " enfants que la loi donne pour pupilles ; ils répondent de tous " les biens de la fabrique, tant pour les capitaux que pour les " rentes annuelles, ainsi que le tuteur répond de ceux de son " pupille." 1 Boyer, *administration des paroisses*, 3e partie, tit. 2, sec. 1ere, pp. 386, 387. " Les marguilliers doivent aussi " recevoir de leurs prédécesseurs le *reliquat* du compte précé- " dent." Ibid., p. 113, même vol. " *Le reliquat de compte doit* " *être payé au marguillier qui sera en exercice* lorsque ce " compte sera arrêté, ou remis dans le coffre-fort de la fabrique " destiné à cet effet, le tout suivant qu'il sera arrêté à l'assem- " blée générale : *et celui qui aura reçu ce reliquat est tenu de* " *s'en charger dans le premier chapitre de recettes de son* " *compte.*" Jousse, *Gouvernement des paroisses*, s. 5, No. 9, p. 141, 142. " Les sommes provenant des remboursements de " rentes, ou qui seraient données à la fabrique, à la charge " d'emploi, ou qui, en quelque manière que ce soit, pourraient " tenir lieu de fonds à la fabrique, doivent aussi être *remises* " *au marguillier en exercice*, ou dans le coffre-fort, suivant " qu'il sera délibéré par l'assemblée." Ibid., p. 143, fin du même No 9. J'ai déjà remarqué qu'il ne paraît pas que la fabrique de Varennes ait de coffre-fort ; l'Appelant dit même dans sa déposition qu'il n'y en a pas pour y mettre les deniers ; de sorte qu'il n'y avait pas besoin d'assemblée de fabrique pour

cet objet, les deniers devant demeurer entre les mains du premier marguillier en exercice. " Lorsqu'il est fait quelqu'em-" prunt dans la forme qui vient d'être prescrite, les contrats " ou obligations doivent être signés par les marguilliers en " charge *et les deniers mis en mains de celui qui sera en ex-" ercice de comptable,* lequel doit s'en charger en recette sur " son compte." Ibid., p. 99. " *Le marguillier en exercice de " comptable est tenu de faire le recouvrement de tous les biens " et revenus de la fabrique,* ainsi que de ceux des pauvres et " des écoles de charité des garçons et filles, ensemble des ar-" ticles de reprise du compte de son prédécesseur Ibid., p. 157. " *Le marguillier comptable doit percevoir tous les revenus de " la fabrique,* ceux des pauvres et des écoles de charité ; faire " toutes les diligences nécessaires à cet effet, de même que " pour *se faire payer du reliquat et les reprises de son prédé-" cesseur,* à peine d'en être responsable en cas de négligence." 11 Répertoire de Guyot, vo. Marguilliers, page 328, 2nd colonne, 5ème. alinéa. Pour ces motifs, je suis d'avis que le jugement rendu par la Cour siégeant en Revision, à Montréal, le 20 Octobre 1868, doit être confirmé.

M. le Juge BADGLEY : Quand Savariat cessa d'être marguillier en charge de la paroisse de Varennes, il présenta ses comptes à une assemblée régulière des paroissiens ; il avait en mains une balance de 570.20 qu'il produisit alors dans un sac fermé. Ses comptes furent approuvés et il sortit de charge. Choquet, paroissien respectable et intelligent, mais sans éducation, fut choisit pour le remplacer. En vertu de sa charge c'était le droit et le devoir de Choquet de recevoir et de prélever l'argent de la paroisse en général, et en particulier cette balance en caisse, dont il était seul responsable et obligé de rendre compte. A ce temps là et depuis plusieurs années auparavant, l'Appelant Girard, notaire de Varennes, agissait comme employé de la paroisse, moyennant un salaire annuel, aidant les marguilliers, tenant leurs comptes de recettes et de dépenses, gardant leurs pièces justificatives, et à la fin de l'année, il préparait leur reddition de comptes, etc. Ces services étaient très importants pour les marguilliers qui quelquefois, comme Choquet, ne savaient ni lire ni écrire et se confiaient entièrement à Girard. Après son élection, Choquet ne voulant pas garder dans sa maison une somme aussi considérable d'argent, remit le sac, qui la renfermait, à l'Appelant, pour que ce dernier la mît en sûreté jusqu'à ce que les marguilliers en eussent besoin pour l'usage de la paroisse. Ceci ne tarda pas à arriver, et Girard, sur l'ordre officiel de Choquet, paya à Madame Beaudry, créancière de la fabrique, tout le contenu du sac. Le montant fut entré dans le compte annuel de Choquet et la fabrique lui donna crédit pour cette somme, en la désignant comme la

"balance en caisse de Savariat." A la fin de l'année et à l'expiration de la charge de Choquet, le curé de la fabrique s'objecta à quelques items, entrés comme ayant été payés par Choquet pour les dépenses de la paroisse et ce sont ces items que la fabrique voudrait faire payer de nouveau à Choquet. Elle a pris un moyen détourné pour arriver à cette fin et s'est servi du nom de l'Appelant voulant éviter une poursuite directe contre Choquet, qui aurait nécessité l'obligation de contester ses comptes; ce que le curé voulait éviter. On a donc employé l'Appelant qui, sur le motif de sa responsabilité personnelle, envers la fabrique pour le montant d'argent contenu dans le sac à lui remis par Choquet, et prétendant aussi avoir été induit frauduleusement par ce dernier à lui avancer, à même le contenu du sac, des sommes suffisantes pour payer les items en litige, institua cette action pour se faire rembourser, comme à lui dues personnellement, les prétendues avances. Il est tout à fait évident que Girard n'a jamais assumé aucune responsabilité envers la fabrique, pour cet argent, qu'il n'a jamais avancé à Choquet, ne sa qualité officielle, aucuns deniers dont il fut responsable personnellement à la fabrique, et qu'il n'a certainement pas avancé, à même le sac, des sommes suffisantes pour couvrir les items sur lesquels se base la poursuite. Il n'y a rien pour justifier l'action de l'Appelant Girard et c'est à bon droit qu'elle a été déboutée par la Cour de Revision. (1 *R. L.*, p. 629.)

CARTIER, POMINVILLE et BETOURNAY, pour l'Appelant.
SÉVÈRE RIVARD, pour l'Intimé.

DECRET.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL,
Montréal, 8 mars 1870.

Coram CARON, DRUMMOND, LORANGER, JOHNSON, JJ.

LOUIS-V. BOUVIER, Appelant, *vs.* GEORGE BRUSH *et al.*, Intimés.

Jugé: 1° Qu'une saisie d'immeuble n'est pas déserté par le fait que les annonces et criées à la porte de l'église n'ont pas été faites sur le bref de *Fieri Facias* et que ces annonces ne servent, lorsqu'il y a une opposition de *Fieri Facias*, que dans le cas où l'opposition est décidée avant le jour fixé pour la vente.

2° Que lorsque les annonces et criées, à la porte de l'église, n'ont pas été faites, mais que les autres formalités prescrites par la loi ont été observées, le saisissant n'est pas tenu de recommencer la saisie et les annonces dans *La Gazette Officielle*, mais peut procéder à la vente de l'im-

meuble saisi sur un bref de *Venditioni Exponas*, en observant les formalités ordinaires de cette procédure.

3° Que dans ce dernier cas, le saisi ou tout autre peut produire une opposition à la saisie, parce que la défense de produire des oppositions à fin d'annuler, à fin de distraire, ou à fin de charge, sur un bref de *Venditioni Exponas*, pour des causes antérieures à ce bref, ne s'applique qu'au cas où les annonces et criées à la porte de l'église ont été faites sur le bref de *Fieri Facias*.

4° Que le saisi est tenu de se pourvoir contre les nullités de procédures antérieures à la vente, par opposition produite en temps utile, et que ces nullités sont ouvertes par le consentement tacite du saisi s'il laisse procéder à la vente sans s'y opposer.

L'Intimé Brush ayant obtenu jugement contre l'Appelant, a, le 18 janvier 1862, fait saisir six lots de terre appartenant à ce dernier. Dans les quinze jours avant celui fixé pour la vente, le shérif, chargé du bref d'exécution, a reçu une opposition *à fin de charge* sur le premier lot saisi, et l'huissier qu'il avait chargé de faire les annonces à la porte de l'église, ayant négligé de les faire, il fit retour de ses procédés, en déclarant dans son retour que lesdites annonces n'avaient pas été faites pour aucun des six lots. L'opposition à fin de charge ayant été maintenue, l'Intimé Brush fit émaner un *Venditioni Exponas* ordonnant au shérif de vendre les six lots. Après les formalités d'usage sur l'exécution des brefs de *Venditioni Exponas*, le shérif mit à l'enchère et adjugea les lots en question en présence de l'Appelant. Ce dernier savait que les publications n'avaient pas été faites à la porte de l'église. Il avait déclaré durant l'exécution du *Venditioni Exponas* que tous les procédés du shérif étaient nuls et qu'après l'adjudication il se pourvoirait par une demande en nullité de décret. Ce qu'il a fait en portant la présente action devant la Cour Supérieure à Montréal. Dans sa déclaration, l'Appelant s'est fondé exclusivement sur le défaut des publications à la porte de l'église pour conclure à la nullité du décret. Sa prétention était que l'on ne peut procéder à la vente sur *Venditioni Exponas* que lorsque les annonces et publications sur le *Fieri Facias* ont été faites à la porte de l'église et que, lorsqu'elles n'ont pas été faites, le saisissant est censé avoir déserté toutes les procédures sur le *Fieri Facias* et est tenu de recommencer la saisie et les annonces dans la *Gazette Officielle*. L'Intimé Brush a seul contesté cette demande en nullité de décret, et a plaidé que l'Appelant avait eu connaissance des irrégularités dont il se plaignait ainsi que de l'émanation du *Venditioni Exponas* et de tous les procédés subséquents : qu'il avait assisté à la vente ; que tous les procédés sur le *Venditioni Exponas* avaient été légaux et réguliers, et qu'en supposant fatale l'irrégularité invoquée par l'Appelant, ce dernier l'aurait couverte par son consentement tacite, en s'abstenant de faire une opposition à l'exécution du *Venditioni Exponas*.

The parties having been heard before the Superior Court, at Montreal, the final judgment was rendered on the 30th day of June, 1865, (Monk, J.), as follows: "The court having heard the plaintiff, and George Brush, one of defendants, the other two defendants, Bernard Henri Leprohon and Joseph Edouard Beaupré, not having pleaded; considering that plaintiff hath failed to prove the essential allegations of his declaration, and that Defendant George Brush hath established, by legal and sufficient evidence, the averments of his plea, doth dismiss Plaintiff's action,"

That judgment, having been carried to the Court of Review, was confirmed by the majority of the court on the 30th december 1865.

BADGLEY, J.: When the *Venditioni Exponas* issued, there was no opposition to the sale on the part of Defendant. He knew the sale was to take place, but only reserved to himself the right to bring the present action against the sheriff and the *adjudicataire*. He alleges collusion and says that neither could the sheriff give, nor the *adjudicataire* obtain a good title, because there had been no notification or publication, at the church door, of the day of sale under the execution. Now, the statute says that the sheriff shall not suspend the advertisements, but what would have been the use of making the publication at the church door when he knew that he could not proceed at all? Upon the writ of *Venditioni Exponas* proper publications and notices were made and the sale took place in the presence of Defendant without any legal objection on his part. He has now brought his action to set aside the decret. We think he is not entitled to succeed in this action and that the judgment, at Industry-Village, must be confirmed.

MONK, A. J.: The publications were regularly made in the Canada Gazette, but were entirely omitted at the church door. He was of opinion that, in this case, the writ of *Venditioni Exponas* might go out, as previous publication would be an utterly useless waste of money.

BERTHELOT, J., dissented from the majority of the court, being of opinion that the publication of the sale under the execution should have been made at the church door and that the absence of this formality invalidated the sale under the *Venditioni Exponas*.

La cour siégeant à Montréal, en Revision, considérant qu'il n'y a point d'erreur dans le susdit jugement, confirme par les présentes ledit jugement en tous points. L'Honorable Juge Berthelot ne concourre point dans ce jugement."

Appel ayant été porté devant la Cour du Banc de la Reine, le jugement a été confirmé par l'opinion des Juges Caron.

Loranger et Johnson; M. le Juge Drummond *dissentiente*. Le Juge Loranger a prononcé le jugement de la cour et a donné les motifs qui l'avaient dicté. Le savant juge s'est appuyé sur les faits et les principes suivants: 1o. Le shérif n'a pas fait à la porte de l'église les annonces et les publications prescrites par la loi; mais l'Appelant en a eu connaissance et s'est abstenu de faire opposition à l'exécution du *Venditioni Exponas*. Or cette abstention suffit pour couvrir les nullités dont il se plaint, il aurait dû se pourvoir avant la vente, il ne le peut après. 2o. Mais le défaut de publication à la porte de l'église n'opère pas une nullité radicale, n'est pas même un moyen de nullité. La loi ordonne au shérif de faire ces publications, quand même il y aurait opposition, mais cela n'est pas de rigueur. Le défaut de ces publications n'opère qu'une nullité relative. Les publications ne peuvent servir que dans les cas où les causes de suspension ont disparu avant le jour fixé pour la vente. Lorsque les publications ont été ainsi faites et que les obstacles ont disparu avant le jour fixé pour la vente, cette vente ne se trouve pas retardée. La loi n'a pas eu en vue de faire du défaut de publications un moyen de nullité absolue. Lorsque les publications à la porte de l'église n'ont pas été faites, sur le *Fieri Facias*, la loi permet, et c'est le seul cas où elle le permet, à moins d'un permis du juge, de faire opposition à la vente sur le Bref de *Venditioni Exponas*, pour des causes antérieures au *Venditioni Exponas*. Donc, dit le savant juge, les nullités dont se plaint l'Appelant ne sont pas fatales et qu'en les supposant telles, le silence de l'Appelant et son abstention de produire opposition au *Venditioni Exponas* les auraient couvertes. Cette cause, ayant originé avant le Code de Procédure, se trouve régie par le chapitre 85 des Statuts Refondus du Bas-Canada, clauses 4-15-17 et 22. La 27-28 Victoria a amendé depuis les clauses 4 et 22, en réduisant à une seule les trois publications qui devaient se faire à la porte de l'église. Le Code de Procédure n'a apporté aucune modification à la loi existante. Les articles 650-653-663 et 664 sont la reproduction textuelle des clauses suscités, telles qu'amendées par la 27-28 Vict. (10 J., p. 194; 1 *L. C. L. J.*, p. 110; 1 *R. L.*, p. 641.)

DORION, DORION et GEOFFRION, pour l'Appelant.
S. W. DORMAN, pour l'Intimé Brush.

PROMISSORY NOTE AS ACCOMMODATION.—PROOF OF VALUE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 9th July, 1865.

Coram BADGLEY, J.

CONVERSE *et al. vs.* BROWN.

Held: That in the case submitted, the proof of value had and received for the amount of the promissory note sued for by the Plaintiffs falls upon the latter. (1)

The Plaintiffs sued on a note made on the 25th November, 1865, for $402.25, by Defendant, to their order, payable at six months, for *value received.* The Defendant, by his plea, alleged that on the 24th October, 1865, he signed a deed of obligation, before Stuart, N. P., in favor of Plaintiffs for $2000, bearing a mortgage; that at the time of the passing of said deed, he owed the Plaintiffs nothing; and that its possession, although purporting to cover or secure value had and received, were prospective, and that said deed was entered into for the purpose of obtaining advances of goods in the grocery trade at whatever time or times the Defendant should require the same. That in the execution of the said contract, the Plaintiffs had made advances to the Defendant to about the amount of $1000. That a reduction should be made for goods unsuitable to the amount of about $400. That Plaintiffs requested the Defendant to give them, by way of accommodation, the note sued upon in this cause, and that said note was given without consideration or value, and only exigible at the expiration of the term of five years, as expressed in the deed. The Plaintiffs answered especially that they admitted the said deed of mortgage, but that the same was no bar to this action, because Defendant afterwards obtained goods and advances for Plaintiffs to the amount of $1671.82, and gave his note therefor and thereafter to be paid at maturity, and Defendant was indebted for the sum of $1462.85, with interest (having returned goods to the amount of $209), as appeared by account filed with plea, and such goods were sold and delivered at the usual terms of credit, and not at the delay mentioned in said plea; and that the deed of mortage did not create the debt nor establish the amount, but was the collateral security for said advances, and the notes were given for valuable consideration, and in the usual course of business. The cause having been inscribed for proof and hearing, and the parties having been heard, the Plaintiff was ordered to proceed to the proof of the value received for the amount of the said

(1) V. art. 1203 C. C.

note. Délibéré discharged and proof by the Plaintiffs ordered. (1) (10 *J.*, p. 196.)

PERKINS and STEPHENS, attorneys for Plaintiffs.

McCOY and McMAHON, attorney for Defendant

PRIVILEGE OF THE UNPAID VENDOR.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montreal, 9th September, 1869.

Coram DUVAL, CH. J., CARON, J., DRUMMOND, J., BADGLEY, J., MONK, J.

BROWN *et al.*, Appellants, *and* HAWKSWORTH *et al.*, Respondents.

Held: 1. That the unpaid vendor could not legally, before the coming into force of the Civil Code of Lower Canada, revendicate goods, for the purchase of which credit had been given.

2. That the reception here of goods purchased in England, by their being deposited in a bonded warehouse, on an entry by the purchaser's custom house broker, is such a delivery as would defeat the vendor's remedy under the 176th and 177th articles of the Custom of Paris, if not exercised within 15 days from such delivery.

This was a *saisie-revendication ou conservatoire*, against a cask of cutlery, in the possession of Her Majesty's Customs, in the port of Montreal, by the unpaid vendors thereof. The sale was made to Defendants, at Sheffield, in England, on the 9th of February, 1866, and the goods were in due course delivered to Defendants' shipping agent in Liverpool, and forwarded by him to Defendants, *via* Portland and the Grand Trunk Railway. On the arrival of the goods here, they were duly entered in bond, by Defendants customs house broker, and, after more than fifteen days from the date of such entry, the cash was seized by Plaintiffs, as the unpaid vendors thereof, in the hands of the customs authorities. At the time the goods were delivered to the shipping agent in Liverpool, Defendants were hopelessly insolvent, and continued to be so down to the date of the attachment; and, shortly after the seizure was effected, their estate was vested in an assignee, under the pro-

(1) Une corporation étrangère peut poursuivre dans le Bas-Canada le recouvrement de ce qui lui est dû. Sur poursuite pour recouvrer le montant d'un billet souscrit pour valeur reçue, le porteur n'est pas tenu de prouver que valeur ait été donnée. (*Larocque et al.* et *La Banque du Comté de Franklin*, C. B. R., Montréal, 1er juin 1858, LAFONTAINE, J. en C. AYLWIN, J., DUVAL, J., et CARON, J., confirmant le jugement de C. S., Montréal, 30 septembre 1857, 8 D. T. B. C., p. 328).

Il n'est pas nécessaire d'alléguer dans la déclaration d'une action sur billet que le billet a été souscrit pour valeur reçue. Le fait qu'il y aurait eu valeur reçue ou non fait l'objet de la preuve. (*Whitney* vs. *Burke*, C. S., Montréal, 28 juin 1855, SMITH, J., et MONDELET, J., 8 R. J. R. Q., p. 263.)

visions of the Insolvent Act of 1864. The Defendants pleaded that the delivery to the shipping agent in Liverpool was such a delivery as ousted the vendors of their remedy, more than fifteen days having elapsed before the seizure was made, and that the entry here, by the Defendants' custom house broker, more than fifteen days before the attachment, was again such a delivery as deprived the Plaintiffs of their remedy under the Custom of Paris. During the pendency of the suit, the assignee intervened and claimed the goods on the same grounds as were urged by Defendant's plea.

BERTHELOT, J.: The question raised here is one of great importance and of singular interest to the British merchants, for if the pretensions of the Defendants were sustained, no British merchant could ever safely give credit to Lower Canadian merchants. The whole case turns on the meaning to be attached to the expression "delivery" in the 12th section of the Insolvent Act of 1864. I am clearly of opinion, aft r mature consideration, that it means actual and final delivery. Although the shipping agent at Liverpool may have been the agent of the Defendants, he was so merely for the purposes of forwarding the goods to Defendants here. This I hold not to be a delivery such as the statute contemplates: and most decidedly the entry by the Defendants of the goods in bond after their arrival in this country was no delivery to them in the sense intended by the statute. The goods have always, since they arrived here, been in the possession of the customs authorities, in whose hands they were actually seized. What the statute really intended was, that the goods should be, as it were, on the Defendants' own shelves. Under the circumstances, I shall dismiss the Defendants' plea and the intervention of their assignee, and give judgment for the Plaintiffs.

"The court, considering that Plaintiffs have established, by "sufficient evidence, the allegations of their declaration and "demand, and particularly the insolvency of Defendants: "Considering that the goods seized under the writ of *saisie-"revendication* issued were at the time of the issuing of said "writ and at the time of the *procès-verbal* of seizure of the "same still in bond in one of Her Majesty's customs, duties "unpaid, and had not so far reached the Defendants as to give "them a complete possession of the same and a complete "control of them: Considering that, under such circumstances, "the twelth section of the Insolvency Act of 1864, invoked by "Defendants in and by their plea, is inoperative as against "Plaintiffs, doth dismiss the said plea and, proceeding to adjudge on the demand of Plaintiff doth declare the attachment, "*saisie-revendication ou conservatoire*, good and valid, and "doth rescind, annul, and set aside the sale of the said cash

" of cutlery and it is ordered that the said cash of cutlery be " forthwith delivered and restored to Plaintiffs, as the unpaid " vendors thereof." *Brown et al.* appealed from that judgment.

Caron, J. : La question se résume à savoir quelle interprétation il faut donner au mot *delivery*, dans la 12e clause de l'acte des Banqueroutes de 1864. Le jugement de la cour inférieure a décidé que, tant que les effets vendus étaient *in bond*, l'acheteur n'avait pas la vraie possession, et que la *delivery* par le vendeur n'avait pas eu lieu, et que, partant, aux termes de la 12e clause susdite, les effets ainsi vendus et non payés pouvaient encore être revendiqués par le vendeur nonobstant la déclaration de la faillite des acheteurs. C'est une question importante. Avant de traiter la question de droit, il faut regarder, comme prouvé et hors de doute, que, lors de l'achat des marchandises en question, les acheteurs, Elliot and Co., étaient en faillite, quoiqu'ils ne le sussent pas eux-mêmes, et que, lors de l'arrivée à Montréal, la faillite était connue et déclarée. D'après quelle loi doit être décidée cette question? est-ce la française ou l'anglaise, et quelle différence y a-t-il entre l'une et l'autre? Si la livraison (*delivery*) doit être regardée comme ayant été faite et complétée à Liverpool à l'égard des acheteurs, ou même à Montréal, lorsque les effets y sont arrivés à l'adresse des acheteurs, par eux reçus, le fret payé, mais laissés *in bond* pour l'acquit des droits de douane, le privilége des vendeurs, dans l'un et l'autre cas, était périmé et perdu puisqu'il n'avait pas été exercé dans les quinze jours de la livraison desdits effets tel que voulu par la 12e clause susdite. *Vide* Abbott, p. 77-78. D'après cette manière de voir, l'action des Appelants aurait dû être renvoyée, et les effets saisis déclarés faire partie des biens de la faillite de Elliot and Co., et cela sur l'intervention de Brown, qui aurait dû être admise au lieu d'être renvoyée comme elle l'a été par le jugement dont est appel. Les faits ne font pas difficulté; tout dépend de l'interprétation donnée à la 12e clause dudit acte qui limite à quinze jours les priviléges accordés au vendeur non payé par les articles 176 et 177 de la *Coutume de Paris*, lesquels restent les mêmes sous tous les autres rapports, C. B. C. 1998—2000. Il faut le répéter, la décision dépend de l'interprétation à donner au mot *delivery* employé dans la 12e clause. Les références faites par cette clause à la *Coutume de Paris* me font croire que c'est la loi française qui est applicable au cas; or qu'entend-on par livraison dans le droit français? Nul doute, d'après la 12e clause de l'acte de faillite, que le droit de revendication est réglé suivant la disposition de la *Coutume de Paris*, article 176 tel que modifié, et d'après tel article le droit de revendiquer n'existe que lorsque la vente a été faite sans jour et sans terme, c'est-à-dire

pour argent comptant, et que s'il y a eu crédit accordé quel-qu'il soit, le droit n'existe plus. Tel était la loi sous la *Coutume de Paris ;* elle est restée la même quant au fond, seulement notre statut limite, à quinze jours de la livraison, le délai pour l'exercer, qui était indéterminé par ledit article. Il est donc vrai que ce n'est que sous ce rapport que l'ancien droit a été changé par la nouvelle législation, et qu'à présent comme ci-devant, ce n'est qu'au créancier qui vend sans terme et sans crédit que le droit de revendiquer est accordé. Or la question se résoudrait à savoir si, dans l'espèce, la vente a été faite à crédit ou pour argent comptant. Suivant la preuve, il me paraît que c'est à crédit, puisque les effets sont par les vendeurs expédiés de Sheffield à Liverpool, à l'agent reconnu et admis des acheteurs, sans qu'on exige d'eux ni de personne autre le prix desdites marchandises, lesquelles sont expédiés de nouveau par ledit agent, aux acheteurs de Montréal, pour être livrées aux acheteurs eux-mêmes, sans qu'il y ait aucune preuve que les vendeurs eussent, sur les lieux à Montréal, qui que ce soit pour retenir les effets jusqu'au paiement ; au contraire, c'est à eux qu'ils sont adressés et c'est par eux et en leur nom qu'ils sont déposés à l'entrepôt, non pour la sûreté du prix desdites marchandises, mais bien et uniquement pour la sûreté des droits de douane. Si tous les faits et cette manière d'agir ne constitue pas une vente *à crédit*, je ne sais pas vraiment ce qu'il faut pour en faire une. Si je suis fondé dans cette appréciation des faits et de la loi sur le sujet, la conséquence est que dès l'instant que les vendeurs se sont déssaisis de leurs marchandises en les expédiant à Liverpool sans exiger le paiement, ils ont pour toujours perdu le droit de revendication ; pour cette raison leur action aurait dû être renvoyée, l'intervention de Brown admise et les effets déclarés faire partie de la faillite de Elliott & Co. Le juge Duval paraît partager cette manière de voir et les conséquences ; j'ai préparé et je lui ai soumis un projet de jugement pour rencontrer ces vues. Si je me trompe quant à la manière d'envisager la question telle que je viens de l'exposer, je serais disposé à partager l'opinion du juge Duval, qui prétend que la livraison a été faite à Liverpool aux agents des acheteurs Strang & Co., sinon que sûrement elle l'a été lorsque les marchandises ont été remises, à Montréal, à Elliott & Co., à qui elles étaient adressées, qui ont fait en leur nom les entrées à la douane, qui ont payé le fret et qui prouvent que les marchandises étaient à leur risque à partir de Liverpool, qu'elles étaient assurées à leur nom, et enfin que le 18 de mars 1865, elles ont été déposées en leur nom et comme leur appartenant, dans une des maisons d'entrepôt de la douane (dans leur maison même) où elles sont restées libres et comme la propriété desdits Elliott

& Co., jusqu'au 5 d'avril suivant (15 à 18 jours), jour où la saisie a été faite. C'est Handyside qui les y a déposées en leur nom; pendant tout ce temps les marchandises étaient à leur disposition; en payant les droits, ils auraient pu les avoir et les vendre; ils pouvaient même les vendre quoique *in bond*. Pour cette dernière raison même le jugement devrait être infirmé de quelque manière que l'on envisage la question, quand même l'on serait d'avis que la vente a été faite sans jour et sans terme, toujours est-il que la saisie n'a pas été faite dans les quinze jours de la *livraison*, soit à Liverpool soit même à Montréal.

BADGLEY, J., *dissentiens:* In February, 1865, the mercantile firm of Elliott & Company, at Montreal, by their order to the Plaintiffs, traders at Sheffield, in England, purchased from them the cask of cutlery, the subject of this contention, valued at £112 7s 3d sterling, which was sent by them to Strang and Company, general shipping agents, at Liverpool, to be shipped to the Defendants at Montreal, and was forwarded by Canadian Steamer, *viâ* Portland, under the usual through bill of lading, in the shipper's name, by Strang and Company, acting in that behalf for the purchasers. The goods arrived at Montreal, to Defendants' address, on the 18th March following, and were forthwith entered and stored in a bonded customs warehouse here under the following circumstances, which are set forth in the evidence of record and are particularly referred to by Elliott, the head of Defendants' firm. Elliott mentions the purchase of the goods, the shipment at Liverpool by their agents, Strang and Company acting for the firm, in that behalf, and then adds: "I know that we were insolvent when the goods in question were purchased, but I did not know it then. It was in the month of March, 1865, say about the middle of the month, that I first became aware that we were actually insolvent. At this time we stopped payment. When the goods arrived here we were hopelessly insolvent, and *being anxious not to do anything which might injure Plaintiffs' right to the goods, I caused them to be entered in bond, and when called on by Alfred Brown, Plaintiffs' agents, to know what had become of the goods, I explained to him that they were in bond.*" Brown also corroborates the foregoing and adds: "The first intimation which I received of the insolvency of Defendants was on the fifth day of April last. I immediately called on Defendants to know what had become of the cask of cutlery in question and was assured by Elliott, one of the firm, that the cask had never been removed from the bonded warehouse and should not be without due intimation to me, as agent for Plaintiffs." The record further establishes that the goods were entered and stored in the

customs' warehouse, of course in the name of Defendants' firm, as the consignees named in the bill of lading, that they were stored there instead of being taken into Defendants' store for sale and disposal, because of their insolvency and for the protection of Plaintiffs, the unpaid vendors' rights to the goods: that no duty has been paid upon the goods either by Defendants or their assignee; that the goods remained stored in warehouse and had never been actually received by Defendants or delivered into their possession: that Defendants' insolvency was publicly known on the 5th of April; that this revendication of the goods was made on the 21st of the same month and that the assignee was appointed to the insolvent estate on the 29th May following. Without particularizing the pleadings, it is sufficient to state that, in substance, Plaintiffs claim to hold the attached goods by their right of unpaid vendors and under the circumstances above detailed, and the claim is resisted by the insolvent assignee of Defendants, because of the alleged actual delivery of the goods to Defendants, the purchasers, and their thereby becoming their assets, under the operation of the insolvent law by the lapse of time limited by the Act from that delivery. The insolvent provision applicable to this matter is as follows: "In all cases of sales "of merchandise to a trader in Lower Canada, subsequently "becoming insolvent, the exercise of the rights and privileges "conferred upon the unpaid vendor, by the 176th and 177th "articles of the *Coutume de Paris*, is hereby restricted to a "period of fifteen days from the delivery of such merchan-"dise." It is manifest therefore that the issue and contention between the parties, the unpaid vendors and the assignee of the insolvent and unpaying purchasers, is based emphatically and exclusively upon the foregoing insolvent provision, which enacts a special limitation to those mentioned articles of the custom only as to the time in which the rights and privileges conferred by the articles might be exercised after the delivery of the goods to the purchaser: beyond that restriction, the exceptional provision could have no operation. The terms of the provision moreover plainly require that actual delivery must be made to the purchasers, leaving the common law requirements of the articles, unaffected. Delivery, then, is the only fact in the issue and it is, therefore, important to ascertain what constitutes a delivery under the law, and whether, as matter of fact, it has been effected in this case. In the interpretation of the term *delivery*, the word must be taken in connection with the fact of the delivery *here* to the purchasers, and necessarily with the articles which it is used to limit, and the provision must be construed in its entirety and integrity as a local provision applied under our local insolvent

Act, without exceeding the articular enactments or the recognized jurisprudence explanatory of them. Now it is common knowledge that the express intent of the Common Law of the custom was to protect the unpaid vendor, and to maintain his lien upon his unpaid goods as against not third persons only, but against the purchaser himself. It is trite to say that the 176th article referred to cash sales where a credit had not been agreed upon and given, and the 177th to credit sales. The articles had different operations, but the first article only will be considered as having any relation to this cause, because the sale here is evidently a cash sale, there being no title of evidence to be found in the record to qualify it as a credit sale, or a sale *à terme,* and for aught to the contrary it might be a solitary commercial transaction between the vendors and purchasers, the latter having ordered certain goods and the former having executed the order and sent them: that is all that is known about it, and this, Lacombe says, is not *une vente à terme.* He says, "que le vendeur est réputé avoir vendu sans jour et sans terme, quoiqu'il eût pris obligation ou promesse payable *à volonté.*" It is almost idle to state an admitted legal truism that a sale is always presumed to be for cash, unless the credit is proved by the agreement of the parties or by their course of trade, otherwise "la propriété ne passe à "l'acheteur que par le paiement, ainsi ce cas est une des "exceptions à la règle générale, meubles n'ont point de suite "par hypothèque, tel vendeur peut recouvrer et demeurer "saisi jusqu'au paiement." The only legal requisites of the articles were the actual delivery of the goods into the possession and control of the purchaser, and their possible identification by the unpaid vendor, in case of his exercise of his rights and privileges under the revendication. Neither place nor time were essential, for "qui a vendu chose mobilière sans jour et sans terme espérant être promptement payé peut la chose poursuivre en quelque lieu qu'elle soit transportée pour être payé du prix qu'il l'a vendu, parce que quand il n'a pas donné terme, la propriété ne passe à l'acheteur que par le paiement, et tel vendeur peut recouvrer et demeurer saisi jusqu'à ce qu'il soit payé." Lacombe, *Rec, de Jurisp.*, p. 371. The mere sale of goods then, with their mere possession by the unpaid purchaser, did not, under the common law, divest the proprietory right of the unpaid vendor or convert them into assets of the purchaser; something beyond either was required to complete that conversion, and that is well explained in 3 vol. Bédarride, No. 1148, des *Faillites:* "la vente est parfaite par le seul consentement, ainsi dès que le vendeur et l'acheteur sont d'accord sur la chose et sur le prix, la propriété de celle-ci est transférée sur la tête de l'acheteur, mais il faut

un désaisissement absolu de sa marchandise, que la livraison d'icelle eut été opérée, que cette livraison résulte non pas de cette tradition feinte que la perfection de la vente suppose, mais d'une tradition réelle et certaine et *prise à sa disposition*," that is the ownership of the purchaser, and this is forcibly supported as to the purchaser by Pardessus, *Droit commun*, 5 vol., p. 417, by the words " pour son compte et pour être mises à sa disposition." Lord Mansfield supplies a similar explanation which is still observed as law for commercial sales: " As between vendor and vendee, the law passes the property of the goods from the former to the latter by sale and delivery, but subject to the vendor's privilege to stop them notwithstanding, if they are unpaid, until their actual possession by the vendee, and to resume the possession so as to put himself, the vendor, in the same position as if he had not parted with the goods. This obviously rests on a broad principle of justice founded not only on principles of general equity, but upon the general and immutable laws of property " which Mr. Justice Bayley represents under the terms " ownership and dominion of the goods." By the English Common Law, the legal presumption of the continuing property in the vendor is only arrested by the fact of the actual delivery coupled with the possession of the purchaser as owner of the goods; until then delivery is not complete and the goods are in transit, and for commercial matters this is required by the Statute of Frauds, expressed by these words, " there shall be an actual acceptance by the vendee with an intention of taking possession as owner," Chief-Justice ABBOTT, 3 B. & C., 513. The French Law establishes the same legal presumption accompanying the continuing property, which is only arrested at the store or shop shelves where the goods have been opened out and mixed up with others for sale by the purchaser. The affirmative issue, tendered by the intervenant, casts upon him the onus probandi of proving the actual delivery of the goods to the Defendants, against the Plaintiffs' right to hold the goods, and, in support of the pretension two points were offered by the contestant in proof of his assertion of actual delivery. The first was the reception and forwarding of the goods by Strang & Co. at Liverpool, the second was the entry of the goods in bond here by the Defendants. The former point is scarcely a serious one to lawyers, because it is clear that Sprang & Company received and forwarded the goods only as mere forwarders or shipping agents of the Defendants and were nothing more than the medium through which, like the steamer or the rail cars, the goods reached Montreal. The insertion of the agents' names in the bill of lading was merely that of shippers of the goods received from the manufacturers

the vendors, and they had no interest in them, the freight and charges being payable by the consignees here, to whom the goods were to be delivered. The second point, which avers the actual delivery as complete by the entry and storing of the goods in the customs warehouse, is met by the objection that, of itself, it was not the delivery of the articles as required by law, and moreover could not be so under the circumstances in which the entry and storage were directed to be made by Elliott and, therefore, that the goods continued as it were in transit and legally undelivered to, as they were in fact unaccepted by, Defendants, and therefore by the presumption of law they have not been divested from Plaintiffs. As a general principle of law, the vendor's right to be paid for his goods and his continuing proprietory lien upon them until he has been paid for them, were recognized long before the existence of the articles of the custom or the establishment of stoppage *in transitu*: both systems of jurisprudence were indebted to the same source, the Roman Law, acting upon the still older law of buying and selling. *Stoppage in transitu* and the revendication of our Common Law proceed from the same source and were upheld and enforced by decisions and jurisprudence; and in modern times stoppage *in transitu* is applied and practised by both English and French Law. In this country it is notorious that stoppage *in transitu* has practically existed for many years, altogether irrespective and independent of the articles of the custom, and cases frequently occur in which goods are withheld from delivery upon intimations or protests by interested persons to shipmasters and other carriers. Smith, in his book on Mercantile Law, p. 678, gives the rationale of this rule of law : " When goods are consigned on credit, by one merchant to another, it sometimes happens that the consignee becomes bankrupt or insolvent, while the goods are on the way to him and before they are delivered. In that case, as it would be hard that the goods of the consignor should be applied in payment of the debts of the consignee, the power is allowed by law to resume possession of them if the vendor can succeed in doing so while they are on the way. This is called stoppage *in transitu*, which is nothing more than the extension of the right of lien which, by Common Law, the vendor has upon the goods for the price. The right may be exercised at any time before the goods reach their ultimate destination and come to the possession of the consignee " : see also 4 Cush. Rep., p. 33. There is no diversity amongst the English authorities upon the right to stop *in transitu*, although, as might be anticipated, there are differences upon the state of facts of different cases to which the right of stoppage might apply. As relating to the

question of delivery common to both laws, because the French revendication and the English stoppage *in transitu* had a common intent, the English authorities are very valuable for establishing what delivery is, and what, as between vendor and vendee, is included in the term transit of the goods. The general rule is that goods are deemed in transit so long as they remain in the possession of some middle man, such as the shipping agent warehouseman, carrier, &c., and whilst they are in any place of deposit connected with their transmission or delivery to the purchaser as their owner; it is this ownership and dominion which constitute the delivery of both laws and which is involved in the insolvent provision. It is incorrect to say that the introduction of the new bonding law has changed the rulings of the customs law previous to the establishment of bonded warehouses, because the new system was for the convenience of consignees, relieving them from the payment of duties, only, until the time when the commodity was wanted. All goods are still required, as before, to be stored by the customs when the duties are not paid, and it was held by Lord Kenyon, in 1 East, 398,9, " that until the duties are paid, the goods were *in custodia legis* and that the consignor could stop them *in transitu* during their lodgement in the King's stores." It is unnecessary to discuss this point more particularly, which is still recognized law, or even to examine the argument urged by the intervenant, from special judgments rendered under the literal terms of the French Code, which make the public warehouse in France the *entrepôt fictif* of the consignee or purchaser, because, in this case the real and only point at issue, is not the simple fact of having entered and stored the goods in bond, but the purpose and object of that act, or as laid down by Pardessus, 5 vol., " si les marchandises seraient entrées dans un magasin de cette " sorte, par l'ordre de l'acheteur pour son compte et pour être " mises à sa disposition." It is manifest that the question of the ownership of the goods by the purchaser for his own account and disposal of them, *pour être mises à sa disposition*, is involved in the intent and object with which they had been deposited and stored in the customs warehouse, namely Elliott *being anxious not to do anything which might injure the Plaintiffs' right to the goods*, and then follows the corollary, the right of the purchaser to repudiate his purchase and to refuse delivery of the goods on his own account, because they had *then stopped payment and were insolvent, and unable to pay for the goods.* It is plain that a large commercial firm like that of the Defendants would not have ordered the goods in question, and of that particular description, and of so limited an amount, at that season of the year, except they had intended

them for prompt use and disposal, probably to fill up stock or fulfil orders from customers; plainly they would not have ordered the cask of cutlery merely to keep it in bond for purpose of speculative rise in the market. The Defendants were not aware of their insolvent and financial position at the time of their order and, judging from their subsequent conduct, probably would not have ordered them at all. Becoming aware of their insolvency, shortly before the arrival of the goods, instead of paying the duties, which, upon the invoice value, would be of small amount, and taking them into their own store for immediate disposal, they directed their entry in bond and storage in the customs warehouse because, as declared by Elliott, "we were hopelessly insolvent and anxious not to do anything which might injure the Plaintiffs' rights to the goods." It has already been observed that the insolvent provision applied only to the time within which the rights and privileges under the article might be exercised, but did not interfere further with the Common Law. Now, there is nothing in the law which prevents a purchaser from repudiating his purchase and honestly abstaining from appropriating unpaid goods, when he was aware that he could not pay for them and hence, if the vendor, were willing to accept the purchasers' repudiation, third parties had no right to interfere, and much less the purchasers' subsequently appointed insolvent assignee, who could only be vested under the Insolvent Law with what had previously passed into the insolvent's ownership and become assets of the estate, and not with what had been previously legally repudiated by the purchaser: this principle prevails concurrently in the jurisprudence of England, Scotland and France. In a case decided in Q. B., and the judgment unanimously affirmed in the Exch. Ch., Heinecke *vs.* Carle *et al.*, assignees of Horn, 8 Ellis & Bl., 408, two points were made: The constructive transitus after the arrival of the goods at their destination, and the vesting of the property subject to the vendee's refusal to accept the goods on arrival. All the cases upon these points will be found collected in this reported case. Upon the first point Chief Justice Campbell and the Court of Q. B. held that a mere delivery at the place of destination is not necessarily a termination of the transit, which remains until the goods have come into the possession of the consignee, and although they are landed at the place to which they are destined, unless the consignee has taken possession of them as his own, they are still in transit and the consignor on the insolvency of the consignee may still exercise his right to stop them *in transitu*. "It cannot be said that the goods ceased to be *in transitu*," said his Lordship, "merely because they were put upon the premises of Horn,"

to vendee. And this ruling the Court of Exch. Chamber approved, assuming that the vendor's contention was correct, and that there was constructive transitus after the actual arrival of the goods at their place of destination. In James vs. Griffin, 1 M. & W., p. 20, Lord Abinger remarks: "I can conceive a case in which the receiving the goods into the vendee's own warehouse would not be a receiving into his own possession, as where, knowing his bankruptcy to be inevitable, he puts them apart from his other goods for the purpose of restoring them to the vendor, &c., he takes possession for the benefit of the vendor." So in Lett vs. Cowley, 7 Taunt., 169, where notice had been given by the vendor to the carrier not to deliver to the vendee and, by mistake the carrier did deliver upon arrival at destination, the delivery was held not to perfect the sale and the vendor had his goods in consequence: so also held by Lord Tenterden in Treatise Shipping, p. 521. "the intention is not determined unless possession be taken by the consignee *as owner*; he may receive the goods into the warehouse of his agent for a limited purpose as for the benefit of the consignor to restore them to him and the intention with which he so receives them is a question of fact." It will be seen that Lord Tenterden puts the case beyond the mere delivery and extends it to the fact *quo intuitu* the possession was taken. A very recent text work on bankruptcy, Maule and Pollock, contains the same rule as well established: "the right to stop may still exist where the vendee has taken possession in order to hold the goods for the vendor." The following case, being one of those cited in 8 Ellis and Bl., remains to be referred to in this matter, the case of James *et al.*, assignees, *vs.* Griffin, 1 M. and W., 20, and 2 M. and W., 623, and it is cited because of its being on a bankrupt matter. This was an action by the assignees of Emerson, a trader in London, who had ordered from Stagg a manufacturer at Stockton, a quantity of lead to be shipped to London. Upon the arrival of the vessels, being in embarrassed circumstances, he directed the captains of the vessels to unload the lead into the warehouse of Griffin, which Emerson had previously used for such shipments, the captains being desirous to be free of their cargo, and the lead was in consequence landed and stored in the warehouse: but Emerson expressed to his agent, to whom he had given the directions for unloading, &c, that his intention was not to receive the lead as owner, and that the vendor might have it. At the first trial Lord Abinger, C. B., not considering the expression of intention material, did not put it to the jury and in consequence a new trial was ordered with his concurrence, after his Lordship had declared that he had been in error. At the

new trial, which is reported in 2 M. and W., 623, the Court of Exch. held that the declaration of intention, so made, was admissible in evidence, though it was not communicated to the vendor or to the wharfinger by Emerson himself or by his agent, to whom he had expressed it; that it expressed his intention, *quo intuitu*, he had acted, and shewed that he had not taken possession of the goods *as owner and therefore that the transitus had not determined.* The text writer, Lawes, in his book on Charter Parties, published very many years ago, maintained the same doctrine. So much for the English authorities: going to those of Scotland the same principle is established there in a case reported in 2 Ross' Leading Cases, the facts of which are summarized by Lord Justice Blair in rendering the judgment. His Lordship says: "The puncheons "which were ordered by the purchaser arrived at Forfar in "the morning of the 8th. Upon that day the purchaser was "aware of his bankrupt position and that it was impossible "for him either to pay the price or proceed with his trade "Before taking the goods into his cellar he consulted with a "friend who advised him to apply for a sequestration and to "return the goods, the only advice an honest man could give "or follow. Accordingly the goods were taken into the cellar, "*custodiæ causa*, without any intention to appropriate them "but merely for their due care and preservation, and therefore "were not delivered." The heading of the case is as follows: "A "purchaser who finds himself insolvent may refuse delivery of "the goods purchased, and if accepted by the seller, the contract "will thereby be rescinded." It is manifest from this case that the delivery was not legally complete, although the purchaser had taken mere possession of the goods, whilst it shews a parallel ruling with the principle of the english cases. Now as to french law, I shall refer to the authority from 3 Bédarride, des *Faillites*, pp. 194, 199, 200, 201, in which the author discusses the effect of possession upon the revendicatory right of the unpaid vendor, and after saying that if the goods received into possession required to be weighed or measured the possession would not be perfect, he proceeds as follows: *le banqueroutier, acheteur, n'en aurait pas eu jusque là, la libre et entière disposition*, and after saying that the revendication would be lost if the goods had been received into the *magasin* of the *failli* according to the literal and positive text of the 576th Article of the Code of Commerce which provides as follows: "pourront être revendiquées les mar-"chandises expédiées au failli tant que la tradition n'aura pas "été effectuée *dans ses magasins*, ou dans ceux du commis-"saire chargé pour les vendre pour le compte du failli," then Bédarride adds: "Il existe un seul cas dans lequel l'entrée au

"magasin ne crée aucun obstacle à la revendication ; c'est "lorsque, à la réception des marchandises, l'acheteur a déclaré "les laisser pour le compte du vendeur ; après une pareille "déclaration, la réception de fait qui suit est censée faite à "titre de dépôt seulement ; il est de plus certain que le failli "n'en a jamais pris possession." The uniformity and coincidence upon this point of these three different systems of jurisprudence in all the particulars of which the American law also concurs, are remarkable and absolutely preclude the claim of the Appellant. As already observed *delivery* is a word of relation *and divestment* in its nature, and means the actual passing of something from the possession of its owner into the possession of another, involving ownership in the latter as observed by lord Tenterden. The evidence shews the good faith of the Defendants ; that seeing their insolvent position they were unwilling that the unpaid goods of the Plaintiffs should be dishonestly and unfairly applied to pay their other creditors, and with that intent they had the goods bonded and warehoused for the protection of the vendors and on their account, where they were kept, *custodiæ causa*, for the Plaintiffs and never became assets of the Defendants, or were brought into their store to be mixed up with their other goods as part of their estate. It is proved that no actual delivery was received by the Defendants, and no acceptance of the purchase by them as vendees under the Statute of Frauds, which requires "that there shall be an actual acceptance by "the vendee with an intention of taking possession as owner," as asserted by Chief-Justice Abbott, 3 B. and C., 513. The Defendants' declaration of intention being in relation to this commercial matter shews, *quo intuitu*, the bonding was made and that intention was communicated to the agent of the Plaintiffs, who subsequently acted upon it by taking out the writ of revendication. Under these circumstances it is evident that no legal delivery of the goods was received by the Defendants, the insolvents, and that therefore the 12th section of the Insolvent Act does not apply and cannot be opposed to the Plaintiffs in this cause ; the contestation should therefore be rejected upon clear principles of law as well as of honesty and justice. It is unnecessary to advert to the french arrêts cited by the contestant which rest upon the special literal code enactment, unlike any provision in our law, and moreover the facts of those cases shew that acte of ownership had been exercised over the goods involved in them, either by the consignee or purchaser, after their storage in the public warehouse.

MONK, J., concurred in all that had fallen from Mr. JUSTICE

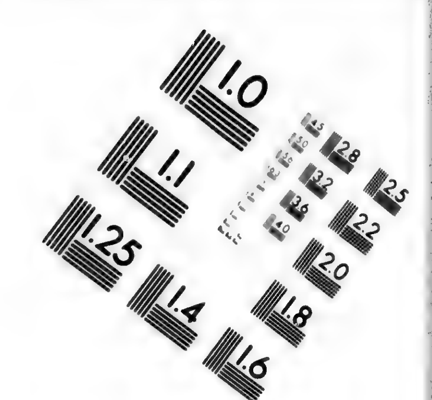
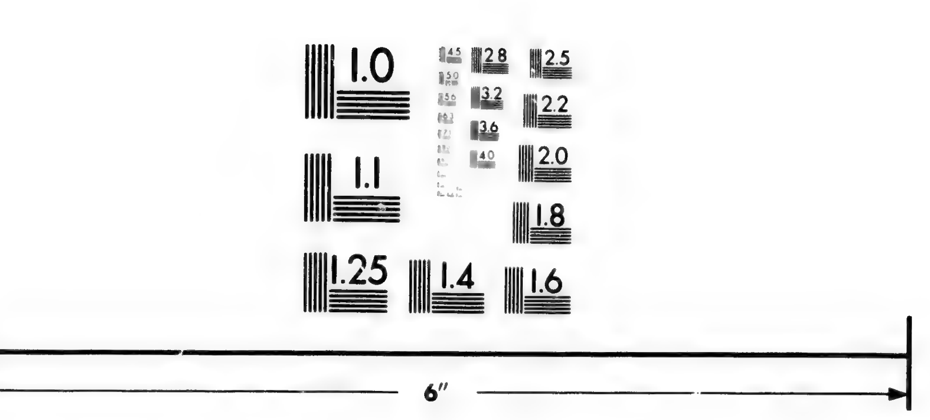


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)



Photographic
Sciences
Corporation

23 WEST MAIN STREET
WEBSTER, N.Y. 14580
(716) 872-4503


2.8
2.5
3.2
2.2
3.6
2.0
1.8

BADGLEY, and with him dissented from the judgment about to be rendered by the court.

DUVAL, C.-J., said that the goods in question were effectually delivered to the Defendants, through their agent at Liverpool. They were at the Defendants' risk on the passage. They insured them and paid the premium. They paid the freight and all other charges. They were entered in their name in the customs warehouse, and although the duty was not paid it was the custom of merchants to leave goods in bond at the customs warehouse until they required them for their business. The cases cited by his learned colleague referred to a time when there were no such bonded warehouses. Elliott had delivery of the goods in the same way in which merchants are accustomed to get delivery, and his saying quietly to one of his clerks in a back room that he put the goods in the customs warehouse, being anxious that no act of his should prejudice the Plaintiffs' right of revendication, should not operate to the disadvantage of the creditors. He could not think that it was a hard case. There were conflicting rights and interests. There were other creditors who were as much injured as Plaintiffs; that the Plaintiffs' right of revendication was made operative only in case the sale had been without term; that it was ridiculous to suppose this sale was intended to be without term, seeing the goods had to cross the Atlantic before reaching the purchaser; that the goods formed a part of the Defendants' estate, and the judgment maintaining the Plaintiff *saisie conservatoire* should be and it was reversed.

The following was the judgment of the Court of Appeals: "La Cour, considérant que l'acte des faillites de 1864, en décrétant que le privilège accordé par l'article cent soixante-quatorze (174) de la *Coutume de Paris* au vendeur de revendiquer les effets vendus et non payés, devra s'exercer dans les quinze jours (15) qui suivront la livraison, a par là déclaré que sous tous les autres rapports ledit article restait en pleine force et vigueur. Considérant que, d'après cet article, il est formellement déclaré que le droit accordé au vendeur de revendiquer les effets qu'il a vendus, n'existe que dans le cas où la vente a été faite sans jour et sans terme, c'est-à-dire dans le cas seulement où il n'a pas été donné crédit pour le paiement. Considérant que, dans l'espèce, les effets revendiqués n'ont pas été vendus sans jour et sans terme, mais ont au contraire été vendus à credit, puisqu'ils ont été expédiés et livrés aux agents des acheteurs à Liverpool, sans que le paiement ait été exigé non plus qu'à Montréal, où ils ont été remis aux acheteurs eux-mêmes sans que personne de la part des vendeurs en exigeât le paiement. Considérant que, pour ces

raisons, lors de la saisie-revendication faite en cette cause desdits effets ou marchandises, les Appelants ne se trouvaient pas dans les conditions voulues par la loi, pour qu'il leur fût permis de les revendiquer, et que partant la saisie a été faite illégalement et sans droit, par suite de quoi, dans le jugement qui admet ladite saisie comme bonne et valable, il y a erreur, casse et annulle ledit jugement. Les Honorables juges BADGLEY et MONK *dissentientibus*. (10 *J.*, p. 197 ; 14 *J.*, p. 114, et 2 *R. L.*, p. 182.)

A. and W. ROBERTSON, for Appellants.

STRACHAN BETHUNE, Q. C., for Respondents.

BILLET PROMISSOIRE.—PREUVE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 8 mars 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

FOLEY *et al.*, Appelants, *et* FORRESTER *et al.*, Intimés.

Jugé : Que, sur poursuite fondée sur un billet promissoire contre des associés en défaut de plaider, jugement peut être rendu sans qu'il soit nécessaire de faire aucune preuve.

L'action était portée par Forrester et Cie. contre les défendeurs Foley et Cross, comme faiseurs d'un billet, et contre Wm. Stuart, endosseur. Les défendeurs, après avoir comparus par procureurs, furent forclos de plaider. Là-dessus les demandeurs inscrivirent la cause pour jugement, en se prévalant des dispositions du chapitre 83 des Statuts Refondus pour le Bas-Canada, section 86, sans faire aucune preuve. Le 30 septembre, 1864, le jugement suivant fut rendu, BERTHELOT, Juge : It is considered and adjuged that Plaintiffs do recover from Defendants, jointly and severally, the sum of $5228.23, due as follows, to wit : the sum of $5225.75, amount of the promissory note, dated Montreal, eleventh December, 1863, made by James Foley and Thomas Cross, to wit, two of Defendants, by their co-partnership signature of Foley & Co., payable three months after the date thereof to W. W. Stuart, to wit, the said William W. Stuart, the other Defendant, at the Bank of Montreal, in Montreal, for value received, and by Stuart endorsed and delivered to Plaintiffs, and two dollars and fifty cents for the costs of the protest of the said note with interest, &c." Les Défendeurs Foley et Cross interjetèrent appel de ce jugement, prétendant que la section du Statut en question dispensait seulement de la preuve de la signature du billet, mais non de la preuve de la société ou de tout autre fait

articulé dans la demande. Cette prétention n'a pas été accueillie par la Cour d'Appel qui, "considérant qu'il n'y avait pas erreur dans le jugement dont est appel," l'a confirmé. (16 *D. T. B. C.*, p. 441 et 2 *L. C. L. J.*, p. 16.)

ROBERTSON, A. et W., pour les Appelants.

CROSS et LUNN, pour les Intimés.

INTERROGATOIRES SUR FAITS ET ARTICLES.

COURT OF QUEEN'S BENCH, IN APPEAL,
Montreal, 2nd March, 1866.

Present: DUVAL, C.-J., AYLWIN, J., DRUMMOND, J., and MONDELET, J.

JONES *et al.*, Defendant in the Court below, Appellants, *and* GUYON DIT LEMOINE, Plaintiff in the Court below, Respondent.

Held: That the Court may discharge a *délibéré*, and order the case to be inscribed on the *rôle d'enquête* for the purpose of allowing the Plaintiff to complete his answers to interrogatories *sur faits et articles*, where the interrogatories have not been answered properly at first. (1)

The action was brought under a transfer of an obligation. The plea was, want of consideration, except to the extent of of £90. On the 21st June, 1864, the Court, on motion of Defendants, permitted them to examine Plaintiff on *faits et articles* on the 25th June. On that day, Plaintiff stated that he was engaged with another suit between himself and one of the Defendants, and fearing to absent himself too long from this other case, he contented himself with answering the first two interrogatories, and then to the other 36 interrogatories, the following answer was entered at his request: "I have no other reply to make but that which I made to the preceding (second) question." Subsequently, Defendants moved that these interrogatories be taken as admitted, inasmuch as Plaintiff had not answered them as he was bound to do. On the 30th Sept., 1864, Mr. Justice BERTHELOT ordered that the case be discharged from *délibéré* and inscribed on the *rôle d'enquête*, in order that Plaintiff might answer the interrogatories following the second. The case was then re-heard and, on the 31st Oct., 1864, Mr. Justice BERTHELOT rendered a final judgment in Plaintiff's favour. The Defendants had the judgment reviewed, and it was confirmed by SMITH and BERTHELOT, JJ., MONK, J., dissenting on the ground that the Judge had no power to discharge the case from *délibéré*, for the purpose of

(1) V. art. 225 C. P. C.

enabling the Plaintiff to come up and complete his answers. The Defendants then appealed.

MONDELET, J., dissenting, said he concurred with Mr. Justice MONK in thinking that the Judge, when he discharged the *délibéré*, had exercised a power which the Court did not possess. There was manifest error in the judgment of the Court below, and it should be reversed.

DUVAL, C. J., was of opinion that the decision of the Superior Court was correct, and in accordance with law, and must be confirmed.

AYLWIN and DRUMMOND, JJ., concurred.

Judgment confirmed, MONDELET, J. dissenting. (2 *L. C. L. J.*, p. 16.)

MOREAU, OUIMET and CHAPLEAU, for Appellants.

EDMUND BARNARD, for Respondent.

APPEL AU CONSEIL PRIVE

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 6 juin 1867.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, DRUMMOND, BADGLEY et MONDELET, Juges.

JONES *et al.*, Appelants, *et* GUYON DIT LEMOINE, Intimé.

Jugé : Que, sur appel au Conseil Privé, la copie du dossier ayant été expédiée par la poste, mais le certificat de sa réception au Conseil Privé n'ayant pas été produit au greffe des appels, dans les six mois, tel que prescrit par la sec. 53 du ch. 77 des Statuts Refondus pour le Bas-Canada, la Cour d'Appel n'est pas justifiable d'ordonner l'exécution provisoire de son jugement. (1)

Le 8 mars, 1866, le jugement de la Cour Supérieure fut confirmé par la Cour d'Appel et, le 9 du même mois, la Cour permit aux Appelants d'appeler au Conseil Privé. La section 53 du ch. 77 des Statuts Refondus pour le Bas-Canada veut que, dans tout cas où appel est accordé à Sa Majesté en son Conseil Privé, l'exécution soit suspendue pendant six mois, à compter du jour auquel cet appel est accordé. Dans cette cause, ce délai expirait le 9 de septembre, 1866. A cette époque la copie du dossier avait été envoyée au Conseil Privé et, le 29 septembre, 1866, le greffier des appels recevait du greffier du Conseil Privé une lettre, en date du 12 septembre, 1866, annonçant que la copie du dossier avait été reçue. Le 7 décembre, 1866, l'Intimé demandait à la Cour d'Appel, qu'en autant que le certificat du greffier du Conseil Privé, constatant que l'appel au Conseil Privé de Sa Majesté a été institué et que

(1) V. art. 1181 C. P. C

des procédures ont été adoptées sur cet appel, n'a pas été filé dans le délai voulu par la loi, et en autant que Louis W. Marchand, le député-greffier de cette Cour, refuse de transmettre le dossier à la Cour de première instance, qu'il soit enjoint au député-greffier de transmettre le dossier à la Cour de première instance ; cette demande fut rejetée le même jour. Le 7 mars, 1867, l'Intimé demanda, qu'en autant que le jugement permettant l'appel au Conseil Privé a été rendu le 9 mars dernier, et que le délai pour filer le certificat voulu par la loi sur ledit appel devant le Conseil Privé a expiré le 10 septembre dernier, sans qu'aucun certificat ait été filé dans ledit délai, et en autant qu'en loi, sous ces circonstances, l'appel au Conseil Privé a cessé d'avoir aucun effet suspensif, et que Pierre Guyon dit Lemoine a acquis irrévocablement le droit d'exécuter provisoirement le jugement de cette Cour ; que le jugement rendu par cette Cour, le 8 mars dernier, soit transmis à la Cour inférieure, avec ordre de l'exécuter provisoirement ; que le mémoire de frais devant cette Cour soit taxé, et pour taxer le mémoire de frais en Cour inférieure, qu'il soit permis au greffier de la Cour inférieure d'inspecter le dossier maintenant devant cette Cour.

BADGLEY, J. : The delay ran from the 9th of March, date of rendering judgment, and expired on the 9th of September. The certificate is dated on the 13th, four days after. In the face of this, I will not interfere to prevent Appellants from proceeding.

DRUMMOND, J. : The certificate should be filed here within the six months. I think, however, we have a discretionary power and that we should not interfere if the parties are pushing on the appeal.

Mr. BARNARD. The delay is positive and absolute. If the certificate is not filed here within the six months, it is no certificate and cannot stop my proceedings. The law was made for the express purpose of putting an end to vexatious delays in the prosecution of appeals before the Privy Council. It is well known that appeals are frequently instituted for the purpose of obtaining delay. The rule in this instance should be as strictly enforced as the fifteen days' rule for appeals from the Circuit Court, which has been held to be absolute.

BADGLEY, J. : We cannot count minutes in this manner. The Appellants are only three or four days behind time.

DRUMMOND, J. : I think the law is decidedly in favour of Mr. Barnard's pretensions, but under the circumstances, as the Appellants have taken steps to prosecute the appeal, and must proceed within three months, I think the Court may exercise a discretion.

AYLWIN, J.: I have entertained no doubt on this point. The motion is rejected.

DRUMMOND, BADGLEY and MONDELET, JJ., concurred. (17 *D. T. B. C.*, p. 377, et 2 *L. C. L. J.*, p. 161).

MOREAU, OUIMET and CHAPLEAU, for Appellants.

BARNARD, for Respondent.

RESPONSABILITE DES COMPAGNIES DE CHEMIN DE FER.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 8 mars 1866.

Présents: DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

LA COMPAGNIE DU CHEMIN DE FER DE MONTRÉAL ET CHAMPLAIN, Appelante, *et* PERRAS, Intimé.

Jugé: Qu'après le 1er de décembre, lorsque les clôtures sont abattues sur les terres avoisinant le chemin de fer, la Compagnie ne peut être tenue responsable de la perte des animaux qui peuvent être tués sur son terrain.

Le 16 décembre, 1862, deux chevaux, appartenant à l'Intimé, furent trouvés morts sur le terrain de l'Appelante et le long du chemin de fer. Présumant qu'ils avaient été tués par la locomotive, l'Intimé poursuivit la compagnie, Appelante, pour le recouvrement de £30, valeur des deux chevaux, alléguant que cette perte avait été causée par la faute et l'incurie des employés de la Compagnie, et par le mauvais état de ses clôtures, qu'elle avait fait abattre quelque temps auparavant, *le long de la terre* du Demandeur, en sorte qu'elle était responsable des dommages ainsi soufferts par l'Intimé. La Compagnie opposa à cette demande deux exceptions, par lesquelles elle alléguait que la terre du Demandeur faisait partie d'une étendue de terre appartenant à plusieurs personnes, sans que les parts individuelles fussent divisées par des clôtures de séparation; que ces terrains s'étendaient l'espace de près d'un mille le long du chemin de la Compagnie; que la terre du Demandeur était bornée à chaque extrémité par un chemin public, et que, par la loi, toutes les clôtures le long des chemins publics doivent être abattues, à compter du premier jour de décembre, chaque année, ainsi que les clôtures de ligne jusqu'à la distance de vingt-cinq pieds à partir du chemin public, afin d'éviter l'amoncellement des neiges dans les chemins; que la Compagnie, avec l'acquiescement du Demandeur, avait, depuis quelques années, l'habitude d'abattre également ses clôtures vers la même époque, et que le Demandeur lui-même enlevait les barrières qui donnaient sur le chemin de la Compagnie, et qu'elle

n'avait jamais été mise en demeure d'en agir autrement; que l'entretien de sa clôture eût été inutile et qu'elle n'y était aucunement tenue; qu'en conséquence, elle ne pouvait être tenue des dommages qui pouvaient en résulter. Pour établir l'obligation de la Compagnie de veiller à l'entretien des clôtures, le Demandeur s'appuyait sur l'acte des chemins de fer. (1) La Cour de Circuit, à Montréal, rendit, le 30 mars, 1864, le jugement suivant: LORANGER, Juge: "La Cour, considérant qu'il appert par la preuve qu'une jument et un poulin appartenant au Demandeur, étant de la valeur de £17 10, étant la valeur de la jument et £12 10, celle du poulin, ont été, le seize décembre, 1862, tués par un engin de la Compagnie, sur la voie ferrée conduisant de Saint-Lambert à Rouse's-Point, et qui est la propriété de la Compagnie: Considérant que la jument et le poulin se trouvaient ainsi sur la voie ferrée, où ils étaient errants, par la faute de la Compagnie qui, quelques jours auparavant, avait, mal à propos, fait abattre les clôtures qui, de chaque côté de la voie ferrée, séparent la terre du Demandeur, sur laquelle lesdits animaux avaient été mis par le Demandeur, et que, partant, la Compagnie défenderesse est responsable de la perte desdits animaux, perte qui a occasionné au Demandeur des dommages égaux à leur valeur, c'est-à-dire au montant de la somme de trente livres, qu'il réclame: Considérant que la Compagnie n'a justifié d'aucun des faits mentionnés en l'exception péremptoire par elle produite, et qui soient de nature à faire repousser l'action du Demandeur, a débouté et déboute ladite exception; et, faisant droit sur la demande, condamne la Compagnie défenderesse à payer au Demandeur la somme de trente livres, à titre de dommages et intérêts, comme compensation de la perte desdits animaux, avec intérêt du neuf février, 1863, date de l'assignation." Ce jugement fut infirmé par la Cour d'Appel, qui prononça comme suit: "Considérant que l'Intimé, de concert avec plusieurs de ses voisins dont les terres et héritages aboutissent au chemin de fer de la Compagnie, avait, dès avant l'accident arrivé aux chevaux du Demandeur, abattu et défait ses barrières et clôtures, ce qui permettait aux animaux, tant les siens que ceux de ses voisins, d'entrer sur le chemin de fer, et que, si quelques-uns des animaux du Demandeur ont été tués par la locomotive de l'Appelante, la cause en peut être attribuée à la négligence et au fait de l'Intimé et de ses voisins: Considérant, en conséquence, qu'il y a erreur dans le jugement de la Cour de première instance, par lequel l'action de l'Intimé aurait dû être déboutée, cette Cour casse, annulle et met au néant le jugement rendu à Montréal, par la Cour de Circuit, le 30 de

(1) Ch. 66, Statuts Refondus du C., sects. 13, 15, 16.

mars, 1864; et, procédant à rendre le jugement qu'aurait dû rendre la Cour de première instance, déboute l'action de l'Intimé. DRUMMOND, Juge, *dissentiente*. (16 *D. T. B. C.*, p. 443, et 2 *L. C. L. J.*, p. 17.)

CARTIER, POMINVILLE et BÉTOURNAY, pour l'Appelante.

MOREAU, OUIMET et CHAPLEAU, pour l'Intimé.

EXPERTISE.

COURT OF QUEEN'S BENCH, IN APPEAL,
Montreal, 2nd March, 1866.

Present: DUVAL, C. J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J. and MONDELET, J.

WARDLE, Plaintiff in the Court below, Appellant, *and* BETHUNE, *ès qualité*, Defendant in the Court below, Respondent.

Held: that the proceedings of *experts* are null and void, when notice thereof has not been given by them to both parties. (1)

This appeal was from a judgment rendered by the Superior Court, 25th January, 1865, dismissing Plaintiff's action, declaring that the sum due to Plaintiff was more than compensated and extinguished by the damages set up in compensation, which were put down in the report of *experts* at $30,282. The intention of Plaintiff was to carry the case to the Privy Council, but he submitted that the proceedings had by the *experts* must be declared invalid, no notice thereof having been given to Plaintiff or his agent.

DUVAL, C. J. It is impossible to confirm the judgment. The *experts* did not give the Plaintiff any notice, and therefore their proceedings are null and void.

MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, JJ., concurred

Judgment reversed unanimously. (2 *L. C. L. J.*, p. 18.)

A. & W. ROBERTSON, for Appellant.

S. BETHUNE, Q. C., for Respondent.

(1) V. 10 R. J. R. Q., p. 451.

ACTION POUR ARRESTATION MALICIEUSE

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montréal, 8 mars 1866.

Before DUVAL, Chief-Justice, MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, Justices.

BISSONNETTE *et al.*, Appellants, *and* BORNAIS, Respondent.

Dans une action pour arrestation et emprisonnement malicieux contre deux juges de paix, et aussi contre le plaignant, et l'huissier qui avait conduit le demandeur en prison.

Jugé, dans la Cour Supérieure, Montréal : Que le plaignant avait agi malicieusement, et que les juges de paix s'étaient prêtés à ses vues et avaient émané un warrant illégal.

En appel : 1o. Que le plaignant avait de bonnes raisons pour faire son affidavit devant les juges de paix, mais n'avait nullement participé dans les procédures subséquentes ; que l'huissier avait agi de bonne foi en exécutant le warrant des juges de paix, et que quant au plaignant et à l'huissier, l'action devait être renvoyée.

2o. Que les juges de paix avaient émané un warrant illégal et étaient passibles de dommages envers le demandeur, mais que la somme accordée par la Cour inférieure était, sous toutes les circonstances, excessive. (1)

The action was brought by respondent, against Anaclet Bissonnette and Joseph Bissonnette, justices of the peace, Joseph Mongeau, bailiff of the Superior Court, and Joseph Duquet, all of the parish of Saint-Valentin, district of Iberville, Appellants, to recover $1000 damages, for an alleged malicious arrest and imprisonment of Respondent. It appeared that, on the 12th June, 1860, Duquet made a complaint on oath before Anaclet Bissonnette, as justice of the peace in the following terms : "Joseph Duquet déclare que, vers le 15 mai maintenant dernier, il a été informé que Jean-Baptiste Bornais, actuellement un des membres du conseil municipal de la paroisse Saint-Valentin, aurait, dans le cours de juillet, 1859, ou vers ce temps-là, et même dans le cours du printemps de 1859, conspiré félonieusement contre la vie dudit Joseph Duquet, celle de sa femme et de ses enfants, en prenant des moyen de démolir, de nuit, en un coup de main, la maison de ladite école qu'habitaient alors, et qu'habitent encore, lesdits Joseph Duquet et sa femme et ses enfants, sans spécification du moment où il (ledit Jean-Baptiste Bornais) exécuterait son projet ; qu'il s'en suit que le déposant est dans une crainte continuelle et surtout depuis la semaine dernière, car, pendant une nuit de cette dernière semaine, ledit Joseph Duquet entendit du bruit à la porte de la cuisine et s'aperçut qu'on voulait l'enfoncer, mais s'étant levé, les malfaiteurs s'enfuirent, et ledit Joseph Duquet en vit plusieurs

(1) V. art. 1053 C. C.

" par le châssis de la chambre, qui paraissaient s'éloigner de la " maison, se dirigeant sur la terre de monsieur Héneault, près " de la ligne de Toussaint Martin." On this, a warrant was issued by Anaclet Bissonnette against Respondent, who was brought before the two Bissonnettes as justices of the peace, who, after hearing evidence, issued a warrant to Mongeau, a bailiff, to commit Respondent to the Montreal jail, there to be detained according to law. The Respondent was liberated from jail on a writ of *habeas corpus* and instituted the action. The Defendants severed in their defence, the magistrates pleading a general denegation; Duquet, that he acted without malice and that the allegations of the complaint were true, but that he had nothing to do with any subsequent proceedings adopted by the co-defendants, and was not responsible for them. Mongeau pleaded that he acted in good faith, in obedience to the warrant of the magistrates, and could not be held liable in damages.

MONK, Justice, held that malice was proved as against Duquet and that the magistrates had lent themselves to his views, and sent the Plaintiff to jail without legal authority or reasonable grounds. *Judgment*: Superior Court, Montreal, 26th June, 1865: " La Cour, considérant que le Demandeur a " fait preuve des allégations essentielles contenues en sa décla- " ration, a condamné et condamne les Défendeurs solidaire- " ment à payer au Demandeur la somme de £100 de dom- " mages pour les faits énoncés en la déclaration, avec intérêt " sur icelle à compter de ce jour et les dépens." In appeal, DUVAL, Chief-Justice, could see no reason whatever for joining the bailiff in an action like this. He had executed the warrant of the magistrates taking it for granted it was a legal warrant. As to Duquet he had good ground for believing his house would be attacked; there was a strong antipathy against him, he made an affidavit and prayed for justice, but took no further action in the matter. The warrant of the magistrates was illegal and one of them had evidently taken sides with one of the parties, and should not have interfered as a magistrate. The two magistrates had signed the warrant, however, and must be held responsible, but the damages awarded in the Court below were held by this Court to be excessive and would, therefore, be reduced. Judgment in appeal: " Considérant que la preuve offerte par l'Intimé ne justifie pas la condamnation aux dommages et intérêts prononcés par la Cour contre Joseph Mongeau et Joseph Duquet, deux des défendeurs, et que les dommages et intérêts accordés par le même jugement contre Anaclet Bissonnette et Joseph Bissonnette, les deux autres défendeurs, sont excessifs, et qu'il y a erreur dans le dit jugement, cette Cour infirme, etc., et déboute

le Demandeur de son action contre lesdits Mongeau et Joseph Duquet, avec dépens de la Cour Supérieure, et condamne lesdits Anaclet Bissonnette et Joseph Bissonnette à payer au Demandeur £25, etc." Costs of appeal in favor of the four Appellants. (16 *D. T. B. C.*, p. 377, et 2 *L. C. L. J.*, p. 18.)

LEBLANC, CASSIDY and LEBLANC, for Appellants.

MOREAU, OUIMET and CHAPLEAU, for Respondent.

GARDIEN D'OFFICE.

CIRCUIT COURT, Montreal, 30 avril 1866.

Before BADGLEY, Justice.

DANSEREAU, Plaintiff, vs. GIRARD, Defendant.

Jugé : Qu'un gardien d'office n'a pas d'action pour son salaire et ses déboursés contre le saisi, en autant qu'il n'y a pas entre eux contrat exprès ou convention tacite.

This action was brought to recover $87.01, for *gardien's* allowance and expenses in taking care of and feeding certain horses seized in a cause formerly pending in the Superior Court, Montreal, in a suit of Fauteux against the present Defendant, in which the now Plaintiff was named *gardien d'office*. The Defendant pleaded that Plaintiff had not rendered any services to him as *gardien*, and was never employed by Defendant and had no action against him.

BADGLEY, Justice, held that no action lay against Defendant, at the suit of Plaintiff, inasmuch as there was no contract express or implied between them. Action dismissed. (16 *D. T. B. C.*, p. 380.)

ARCHAMBAULT, for Plaintiff.

DORION and DORION, for Defendant.

ASSIGNATION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 21 Mai 1869.

Coram MONDELET, J.

HUTCHINS *et al.* *vs.* COHEN, *et* ledit COHEN, Requérant.

Jugé : Qu'un débiteur qui a fait cession de ses biens, autrement que de la manière prescrite par l'acte de faillite de 1864, ne peut être légalement assigné à son ancienne place d'affaires, sur un bref de saisie basé sur l'illégalité de cette cession, quand même le syndic de ce débiteur aurait continué les affaires. (1)

Après la cassation d'un bref de saisie, les Demandeurs en firent émaner un second, se plaignent également de la cession faite à Dufresne : Ils firent assigner le Défendeur à son ancienne place d'affaires, " en laissant une copie du bref à une " personne en charge du bureau du Défendeur, ce dernier " n'ayant pas de domicile régulier dans le district de Mont- " réal." Le Défendeur présenta une requête dans laquelle, sous forme d'exception, il se plaignait de l'illégalité et même du défaut entier d'assignation. Il alléguait que, depuis l'acte de cession dont se plaignaient les Demandeurs, il n'était plus en possession du magasin ou place d'affaires où avait été laissé la copie du bref ; que cette place d'affaires était, depuis cette date, tenue par son syndic, Dufresne, et que lui-même avait depuis toujours demeuré à Québec avec sa famille. Les Demandeurs présentèrent une requête pour amender le rapport du Shérif, prétendant qu'ils étaient justifiables d'avoir assigné le Défendeur à son ancienne place d'affaires, vu que par leur action ils demandaient la nullité de cette cession, et qu'en loi, le Défendeur était censé en être encore en possession. Rainville, pour le requérant, répondit à l'audition que, légalement ou non, il n'en était pas moins vrai qu'en fait le Défendeur n'avait plus de place d'affaires à Montréal, et que, pour faire décider la légalité de la cession à Dufresne, il fallait qu'il fût assigné légalement. Il y a même une contradiction palpable dans les procédés des Demandeurs, d'assigner le Défendeur à son ancienne place d'affaires, lorsque leur bref de saisie n'est basé que sur le seul fait qu'il l'a cédée et qu'il n'en a plus.

La Cour maintint la prétention du Requérant et renvoya la requête.

Les Demandeurs discontinuèrent leur action. (14 *J.*, p. 113, et 2 *R. L.*, p. 182.)

J. J. C. ABBOTT, Q. C., pour les Demandeurs.

CHAPLEAU & RAINVILLE, pour le Défendeur et requérant.

(1) V. art. 57 C. P. C.

CESSION DE BIENS.—BILLET PROMISSOIRE.—GAGE.

COUR SUPERIEURE, Montréal, 31 août 1869.

Coram MACKAY, J.

HUTCHINS *et al. vs.* COHEN, *et* ledit COHEN, Requérant.

Jugé : 1o. Qu'une cession faite, autrement que de la manière prescrite par l'acte de faillite, n'assujettit les biens du débiteur à la liquidation forcée, que pendant les trois mois qui suivent telle cession, et non après.
2o. Que le porteur d'un billet, portant une date antérieure à la liquidation forcée, n'a pas besoin de prouver que ce billet a réellement été fait à la date qu'il porte ; que la date fait preuve par elle-même.
3o. Que le porteur d'un billet, donné en garantie collatérale (gage), a droit de prendre un bref de saisie, sous l'acte de 1864, pour mettre les biens du faiseur de ce billet en liquidation forcée.

Le lendemain du jour où les Demandeurs discontinuèrent leur première action *(Vide suprà,* p. 189) ils firent émaner, contre le Défendeur, un second bref de saisie-arrêt basé sur les mêmes raisons, alléguant dans leur affidavit qu'ils étaient porteurs d'un billet de $200, en date du 27 mai 1868, fait par le Défendeur et qui leur avait été transporté. Le billet, dont les Demandeurs sont porteurs, leur avait été transporté par J. C. Franck, en garantie collatérale d'une dette qu'il leur devait. Le Défendeur ignorait ce fait, car Franck lui avait fait donner un billet en renouvellement de celui de $200.00, mais sans lui remettre ce dernier. Le Défendeur, se fiant à Franck, croyait que son billet de $200.00 était toujours resté en la possession de ce dernier, et ignorait entièrement que les Demandeurs en fussent porteurs. Le Défendeur présenta, pour faire casser ce dernier bref, une requête basée sur deux raisons : 1o. Les Demandeurs, lors de l'acte de cession du Défendeur à Dufresne, acte sur l'illégalité duquel est basé leur demande, s'ils étaient porteurs du billet de $200.00, ne l'avaient qu'en garantie collatérale et comme gage, et n'avaient alors aucun droit d'action contre le Défendeur. 2o. Les Demandeurs, ayant laissé passer plus de trois mois sans attaquer l'acte de cession, n'étaient plus recevables à s'en plaindre. A l'enquête, les Demandeurs admirent que ce billet de $200.00 ne leur avait été donné que comme sûreté collatérale d'une dette que leur devait Franck.

RAINVILLE, pour le requérant, soumit à l'audition les propositions suivantes : *1ère proposition : — La dette doit exister au moment de l'acte dont on se plaint.* The debt must have existed at the time of the acte of bankruptcy relied upon. Edwin James, p. 264. The petitioning creditor's debt must be in existence at the time the act of bankruptcy, upon which it is

proposed that the adjudication shall proceed, is committed. It is not sufficient that it accrued before the issuing of the commission. Doria and Macrae, *Law of Bankruptcy*, vol. 1, p. 218; Campbell's *Rep.*, vol. 1, p. 489; Moody and Malkin's *Rep.*, vol. 1, p. 141. *2e Proposition :—Les Demandeurs, pour réussir dans leur demande, auraient dû établir que, lors de l'acte de cession, ils avaient un droit d'action contre le Défendeur.* The debt upon which to found an adjudication of bankruptcy must be, in its nature, provable under the bankrupt's estate. Edwin James, p. 264. The debt must be of such a nature that an action at law might be brought for it by the petitioning creditor against the bankrupt. Edwin James, p. 269; Kinnear, *Law of bankruptcy*, p. 197. A l'enquête il a été prouvé que lors de l'acte de cession à Dufresne, les Demandeurs, s'ils étaient porteurs du billet qui fait la base de leur demande, ne l'avaient qu'en garantie collatérale, pour une dette que leur devait J. C. Franck, et qu'ils n'en sont devenus véritables propriétaires qu'en avril 1869, par une résolution des créanciers de Franck qui le leur ont cédé par une résolution passée en vertu d'une disposition de l'acte de faillite. Jusqu'en avril, 1869, les Demandeurs ne tenaient donc le billet en question qu'à titre de gage et n'avaient aucun droit d'action contre le Défendeur, car le créancier gagiste n'est pas propriétaire de l'effet donné en gage. Le créancier gagiste, dit l'art. 1971 de notre code, ne peut, à défaut de paiement de la dette, disposer du gage. Le gage diffère essentiellement de la vente ou cession en ce qu'il ne transmet pas au créancier, même à défaut de paiement, la propriété des choses données en gage ; il ne lui confère que le droit de se faire payer sur ces choses, par privilège ou préférence. Sirey, Tab. Gen., Vo. *Gage*, No. 2. Jugé à cet égard, que la clause par laquelle un débiteur cède à son créancier, pour plus de sûreté de l'exécution de son obligation une créance ou une action sur un tiers, constitue non une cession ou transport, mais un simple gage ou nantissement. S. V., 39, 2, 537 ; Dalloz, *Périodique*, 40, 2, 51. Mais il y a plus, si Franck avait payé les Demandeurs, ces derniers auraient été obligés de lui remettre le billet du Défendeur, et par là se seraient trouvés à n'avoir jamais eu aucun droit d'action contre le Défendeur ; leur droit était donc conditionnel et, en conséquence, insuffisant pour leur permettre de prendre contre le Défendeur un bref en liquidation forcée. The debt must be a present existing debt, and not one depending on a contingency. Edwin James, p. 269. *3e Proposition :—Les Demandeurs auraient dû prouver que le billet qui fait la base de leur action a été fait avant l'acte de cession dont ils se plaignent ; la date apparente à la face du billet ne faisant pas preuve suffisante.* " The case where a bill or

" note is produced for the purpose of proving a good peti-
" tioning creditor's debt is an exception to the general rule, ' that the date of an instrument is a *prima facie* proof of " the time of its execution, and it may be taken to be now " settled that some evidence is necessary, beside the date, to " show that the instrument produced for that purpose had its " existence before the act of bankruptcy took place ; and for " this reason, that a proceeding in bankruptcy is retrospective " to invalidate all transactions between the act of bankruptcy " and the *fiat*, and therefore, it may be necessary to require " more proof than in ordinary cases." Edwin James, p. 267. Held : That an I. O. U., bearing *date* before the act of bankruptcy of a trader, constitutes no evidence of a petitioning creditor's debt, *without some proof that it was in existence before the bankruptcy.* Meeson and Welsby's Rep., Vol. 2, p. 738, No. 739. Cette question a été décidée dans le même sens par rapport à un billet promissoire, dans une cause rapportée Meeson and Welsby, Vol. 12, p. 570, No. 571. *4e. Proposition : Les Demandeurs auraient dû établir qu'ils étaient porteurs du billet en question, lors de la date de la cession faite par le Défendeur à Dufresne.* Il ne suffirait pas pour les Demandeurs de prouver que ce billet a réellement été signé à la date qu'il porte : car cette preuve n'établirait qu'une chose, savoir que le Défendeur était débiteur à une certaine date. Mais il ne s'en suivrait pas de là, qu'il était le débiteur des Demandeurs, surtout lorsqu'il en est preuve qu'ils n'ont pas eu ce billet du Défendeur, mais de tierces personnes, à qui le Défendeur l'avait donné, et qu'ils ne jurent pas même dans leur affidavit, à quelle date, ils ont eu ce billet. Le maintien de la doctrine contraire conduirait aux conséquences les plus désastreuses et mettrait à la merci d'un créancier malhonnête ou peu scrupuleux la légalité de toutes les transactions qu'aurait faites le débiteur, dans les trente jours qui auraient précédé l'émanation du bref de saisie. Et le cas actuel en est un exemple frappant : en effet, le Défendeur croyait n'avoir d'autre créancier que Franck, par rapport au billet dont les Demandeurs sont aujourd'hui les porteurs, l'ayant renouvelé avant son échéance. Le Défendeur a donc agi de bonne foi et n'a été que la victime de la fraude de Franck. Qui nous dit maintenant que Franck n'a pas transporté ce billet aux demandeurs, après l'acte de cession qu'il a ratifié et l'acte de décharge qu'il a accordé au Défendeur ? En vertu de quelle présomption légale va-t-on prétendre que le porteur d'un billet l'a été depuis la date qu'il porte, surtout lorsque ce porteur admet qu'il l'a reçu de tierces personnes ? La position des Demandeurs, dans le cas actuel, et l'obligation où ils étaient de prouver que lors de l'acte de cession dont ils se plaignent ils étaient porteurs du billet en question, ne sau-

rait être assimilée avec plus de raison qu'à celle du créancier qui veut mettre en faillite l'endosseur d'un billet ou l'accepteur d'une lettre de change. Or sur ce point il n'y a pas, et il ne saurait y avoir deux opinions : on a décidé invariablement que le créancier devait prouver que l'endossement ou l'acception avaient eu lieu avant l'acte dont il se plaint. Where a debt arises on the indorsement or acceptance of a bill, the indorsement of the bill or acceptance itself must be proved to have been made before the commission, (of the act complained of) no *presumption arising from the date of the bill.* Ainsi jugé par arrêt de 1827, rapporté dans Moody et Malkin, Vol. 1, p. 141, Cowis vs. Harris. La question a même été jugée d'une manière directe, dans le sens du Défendeur, dans une cause absolument analogue, rapportée dans Campbell, Vol. 4, p. 245, Rose vs. Rowcroft. Held : Where the petitioning creditor's debt set up to support a commission of bankruptcy is a bill of exchange drawn by the bankrupt, and indorsed to the petitioning creditor, evidence must be adduced that it was so indorsed before the suing out of the commission. Voici le rapport de cette cause en quelques mots : The Plaintiffs relied upon a bill of exchange, dated 23rd October, 1814, drawn by the bankrupt, payable to his own order (comme dans la cause actuelle), at three months, indorsed by the bankrupt to Waldron, and by him to the petitioning creditor. The Defendant's counsel made the objection that there was no evidence that it had been indorsed to the petitioning creditor before the commission was sued out. Gibbs, C. J. : I think the petitioning creditor's debt is not sufficiently established, as *he has not shewn when the bill was indorsed to him. Judgment* : Nonsuit. *5e Proposition : Les Demandeurs ne sont plus dans les délais pour demander la mise en liquidation forcée des biens du Défendeur, à raison de l'acte de cession fait par ce dernier à Dufresne, cet acte ayant été fait plus de trois mois avant l'émanation du bref de saisie.* Cette dernière proposition est basée sur la sect. 3, § 5, de l'acte de faillite, 1864, qui dit : " Mais " nul acte ou omission ne justifiera aucune procédure pour " mettre les biens d'un failli en liquidation forcée, à moins que " des procédures ne soient instituées en vertu du présent acte " à cet effet, *dans les trois mois qui suivront l'acte* ou omis- " sion sur laquelle on s'appuiera pour y soumettre ses biens." Le statut anglais 12 et 13 Vict., ch. 106, sect. 67, et la loi de faillite aux États-Unis, sect. 39, ont des dispositions analogues à notre loi, si ce n'est que le délai est différent. Et sous l'opération de ces deux lois on a invariablement décidé que le délai était fatal et opérait en faveur du débiteur une fin de non recevoir et vis-à-vis le créancier une déchéance de ses droits. En résumé le Défendeur a quatre raisons pour une d'obtenir

gain de cause : 1o Les Demandeurs ont failli de prouver que le billet qui fait la base de leur action existât à la date qu'il porte à sa face ; 2o Ils n'ont pas prouvé qu'ils en étaient les porteurs lors de l'acte de cession sur lequel est basée leur demande ; 3o L'auraient-ils prouvé, qu'il est établi en preuve que lors de l'acte de cession, ils ne pouvaient avoir ce billet qu'en garantie collatérale et n'avaient en conséquence aucun droit d'action contre le Défendeur ; 4o. Et quand même toutes ces raisons n'existeraient pas, les Demandeurs ne sont plus dans les délais pour se plaindre de l'acte de cession en question.

WOTHERSPOON, pour les Demandeurs, soumit que les Demandeurs n'ayant eu connaissance de l'acte de cession fait par le Défendeur à Dufresne, que depuis moins de trois mois, ils étaient encore dans les délais pour s'en plaindre. L'enseigne portant le nom du Défendeur était toujours demeurée au-dessus de la porte de son magasin ; en apparence, il n'y avait eu aucun changement et il était impossible pour les Demandeurs de connaître l'existence de l'acte de cession. Aucun avis de la cession illégale que le Défendeur avait faite à Dufresne n'a jamais été publié dans aucun journal ; et la circonstance même que Dufresne est resté en possession des biens de Cohen jusqu'à l'émanation du bref de saisie en cette cause est un fait qui, se renouvelant de jour en jour, donnait droit aux Demandeurs de mettre en liquidation forcée les biens du Défendeur. Le principe général de notre Code qui établit que la date d'un billet fait preuve par elle-même et qu'il n'est pas nécessaire de l'établir par aucune autre preuve, fait justice de la 3e proposition du Défendeur. Les Demandeurs ont donc une preuve *primâ facie* que le billet a été souscrit à la date qu'il porte ; et c'est une autre présomption de notre droit, sujette à preuve contraire, que le porteur d'un billet est censé l'être depuis sa date. Quant à la seconde proposition du Défendeur, les Demandeurs prétendent qu'ayant établi que Franck leur devait, ils avaient droit de poursuivre le Défendeur.

Lors de la reddition du jugement, l'Hon. Juge n'a paru s'appuyer que sur la 5e proposition du Défendeur sans rien dire des autres : Mais les mots suivants que l'on trouve dans les considérants de son jugement : " The Plaintiffs whom I find " were really creditors of the said petitioner as they have alleged," nous portent à croire que le savant Juge a voulu, par là, rejeter les autres propositions du Défendeur. Jugement : Considering that the cession made by the petitioner to Joseph M. Dufresne is, of itself, an act contrary to our bankrupt system, and that the discharge referred to under it cannot operate against the Plaintiffs, *whom I find to be really creditors of the said petitioner as they have alleged* ; considering that the

act of making that cession or assignment, supposing that it once might of itself have justified proceedings to place the estate of the said Lawrence Cohen in compulsory liquidation, cannot *now* do so, and does not suffice to found the attachment of Benjamin Hutchins *et al.* upon, because their proceedings in this case have not been commenced within three months next after the said act of session by Cohen to Dufresne, relied upon in part in this case by the Plaintiffs, as subjecting the said Lawrence Cohen and his estate to the process in this cause; I do grant the petition of the said Lawrence Cohen. Attachment quashed. (14 *J.*, p. 85.)

J. J. C. ABBOTT, Q. C., pour les Demandeurs.

DUHAMEL & RAINVILLE, pour le Défendeur et Requérant.

ACTION EN GARANTIE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th September, 1870.

Coram BEAUDRY, J.

HUTCHINS *et al. vs.* COHEN, *and* COHEN, Plaintiff *en garantie*, *vs.* WHITE, Assignee, Defendant *en garantie*.

Held: That an assignee, under the Insolvent Act of 1864, cannot be sued *en garantie* in respect of a matter for which the Insolvent was liable to guarantee the Plaintiffs *en garantie*.

This was a hearing on law. Defendant *en garantie*, who was assignee of one Frank, under the Insolvent Act of 1864, was sued as such, to guarantee and hold harmless Plaintiff *en garantie* (Defendant in the original suit); the demand of the original Plaintiff being one that Frank was bound in law, at the time of the assignee's appointment, to guarantee the Defendant against. Defendant *en garantie* fyled a demurrer to the action, on the ground that no action lies in law against an assignee under the Act, the only remedy being the fyling of a duly attested claim on Frank's estate. The Court maintained the demurrer and dismissed the action *en garantie*. (15 *J.*, p. 235).

DUHAMEL & RAINVILLE, for Plaintiff *en garantie*.

Hon. J. J. C. ABBOTT, Q. C., for Defendant *en garantie*.

FOREIGN INSURANCE COMPANY.—POWER TO CONTRACT.

SUPERIOR COURT, Montreal, 18th November, 1869.

Coram TORRANCE, J.

REDPATH *et al.* *vs.* THE SUN MUTUAL INSURANCE CO., *and* REDPATH *et al.*, Plaintiffs *par reprise d'instance.*

Held: 1st. That a contract of insurance alleged to have been made in Montreal by an agent there of an Insurance Company, incorporated by the laws of the State of New York, whose charter and by-laws provide that it can only contract in New-York, and by its president or vice-president, is null and void.

2nd. That the statements or admissions of an agent, made after the contract has been perfected, are inadmissible as evidence.

This was a trial before a special jury, in an action by Plaintiffs to recover from Defendants the sum of $9450, alleged to have been insured by Defendants, on a cargo of molasses of the value of $18,900, shipped from Matanzas, in Cuba, on board a vessel called the "Thomas Connor." The contract was alleged to have been made in Montreal, with Defendants' agent here, and a record thereof made by him in a book which Plaintiff produced. The Defendants pleaded, that, under the charter and by-laws of the Company, no such contract could have been legally entered into here, and that the Company could only legally make a contract of insurance in New-York City, and by its president or vice-president.

TORRANCE, J., charged the jury as follows: In reviewing the facts which have come before you, gentlemen of the jury, it is right that I should remind you of what are the respective duties and powers of the Court and jury. They are stated as follows in the two articles of our Code C. C. P. 406, 7: It is the duty of the judge to declare whether evidence is legal and it is the duty of the jury to say whether the evidence admitted is sufficient. The jury decides as to facts, but must be guided by the directions of the judge as regards the law. All questions of fact, therefore, gentlemen, are within your province, and matters of law are within the province of the Court; and it is your duty with regard to these matters of law to take the direction of the Court. The whole litigation between the parties may be summed up in the answers to five questions. The first, and not a material question I think, is whether there was in existence, with regard to the Columbian Co., a valid policy of insurance at the time of the loss of the "Thomas Connor," and the application in this matter, in the Columbian Insurance Co., and if its existence prevented the alleged contract with

the Defendants from taking effect or being enforced. Now, no stress has been laid upon this point by the Defendants, and I take it they do not rely upon it, and at any rate there is no difficulty in the case arising out of this point, the existence of the other policy with the Columbian Insurance Co. The next question is, If there was a contract of insurance effected on behalf of the Sun Co., through Hart, with the Plaintiffs, Redpath & Son, was there concealment by the Plaintiffs of the fact that the "Thomas Connor" was overdue and had not been heard of? Was the fact material and fatal to the contract of insurance? Was the concealment a material fact in this matter? The evidence with regard to the materiality of the concealment is before you. You will remember what the witnesses said on the one side and on the other. You have had the evidence of Anthony as to the reasons and very excellent reasons they were why they declined the risk. You have, on the other hand, the evidence of Falkiner as to his notifying Hart that the vessel was due or overdue; and you have the evidence of W. D. B. Janes as to the time vessels often took in going from Matanzas to Portland, Maine. This is a matter peculiarly within your functions to decide with regard to the answer of this question, and I shall say nothing more about it. The next question is did Hart, on behalf of the Sun Mutual Insurance Co., make a contract of insurance with Redpath and Son on the cargo of the "Thomas Connor?" Now, with regard to the meaning of the word "agent," a great deal of discussion has been had on one side and on the other according to the views of the counsel who are concerned here, and according to the interests of the parties in the matter. That the word "agent" has a very wide meaning, there is no doubt; but we have to see what the parties understood to be the meaning of the word. For example you may employ a house agent in the city to collect your rents, but that agency does not justify him in mortgaging your property and signing notes for you. That is not the meaning of the word. The question then comes up what really was the agency in this matter? what was assumed by Hart? You have the evidence of Falkiner on the one hand, and the evidence of Hart on the other. Falkiner says very decidedly and positively that he was covered; that the Plaintiffs were covered by the agreement which was entered into between Hart and Plaintiffs; that there was an agreement at the time that the insurance should take effect and cover the risk in question. Hart, on the other hand, denies emphatically that he was anything more than a medium of communication with the Defendants, the Sun Insurance Company, and says all he did was to receive the application and send it to New York. You have heard the evidence on the one side and on the other;

with regard to the statements of these witnesses it is a matter which is peculiarly within your functions; you have seen both of these witnesses give their evidence before you: you have heard the explanations given on the one side and on the other: and you are judges of the circumstances of the case: you can make up your minds for yourselves as to the truth of the story which is told on the one side or on the other. With regard to the statement of Henry Mackay as to what took place the following day, when he says he understood Hart to say that he had taken the risks of Redpath, the Court, upon reflection upon this matter and upon examination of authorities, thinks that it should not have permitted that question to be put to the witness. It was something that took place on the day following and you will not regard this matter. If you can, you will not regard the evidence of Henry Mackay with regard to what took place on the following day. I will just read four lines from one of our standard authors on the subject of evidence, "whether the declaration or admission of the "agent in regard to a transaction already past" the insurance of course in this case had been closed the day before, if the statement of witnesses in regard to date is true, "but while "his agency for similar business still continues, will bind the "principal, does not appear to have been expressly decided: "but the weight of authority is in the negative." (1) Any other books which I have looked into since do not make any qualification of the general rule that the admission of the agent must have been made at the time the transaction was going on: otherwise he is a mere witness and ought to be put in the box before you and make oath with regard to his statements. I would remind you of what took place in connection with the transmission of the application for insurance to New York. The application being enclosed in a letter with the notice accompanying it to each of the Defendants, would show plainly that Hart intended simply to be a medium of communication with the Insurance Company, and transmit the application of the Plaintiffs to New York. There is this to be said I think I cannot help making the remark in regard to the transaction of the business in this case that from all I see of the narrative of the circumstances in this case, if Hart intended to bind the Company by his act upon this day it was done in a hurried way, with no particular care as to the nature of the risk which he assumed; and on the part of the Plaintiffs, it was done without any conditions when making the agreement that Hart was an agent for the purpose of taking this risk. There is a striking contrast between the recklessness with which he

(1) 1 Greenleaf, *Evidence*, § 113. See also Story, on Agency, § 134.

makes the agreement, and the careful business-like manner in which the managers of the Company did the same thing in New York. In the one case there was no consideration whatever given to the matter: it is simply the reception of an application and hurrying it off to New York. In the other case, as Anthony told us, there was the most careful, most business like estimate of the nature of the risk, and after careful consideration and deliberation by the three agents of the three Companies, they came to the conclusion to reject the risk. That is a circumstance which is to be considered in this matter, in order to decide correctly whether Hart really was the agent of the Company, and intended to be the agent of the Company, to bind them at the time to receive the application. But at the same time, gentlemen, I merely throw out this suggestion and make this remark to you. You are the judges of this matter. The next question which comes up is whether Hart, on the 23rd of January, the day of the insurance, was the agent of the Company, carrying on business for them at Montreal, with power to effect insurances on their behalf. Was he, on the 23rd day of January, the agent of the Company, empowered on their behalf to make this policy of insurance? The Plaintiffs have considered this a very important point in the case, and they have displayed a great deal of ingenuity in the exhibition of circumstances and business transactions between Hart and persons insured in the Company, and have cited among other cases brought before you three cases; one the Gas Company against the Sun Mutual Insurance Company, which was litigated in the year 1863; another, the case of Janes against the same Company, litigated in the year 1865; and the case of the Commercial Bank, litigated in the year 1868. I have carefully looked at the circumstances connected with these three cases, and I certainly do not see that they touch the question that is before the Court and jury at the present time. With regard to the Gas Company's case it was a question with regard to the classification of a vessel, if I remember rightly, quite a distinct matter. In the Janes case the question, the trouble between the parties arose in this way: A judgment for a considerable amount had been obtained against the Company without serving them with process, without giving them a writ in the usual way by a service upon the Defendants at their place of business or at the office of the Company's agent. They were advertised in the newspapers. Naturally they made an attempt to get rid of this judgment, and they did so; at least they attempted to do so by presenting a petition in Court representing that they had an office and place of business in Montreal, and that there was an agent there who

could receive service for them, and these facts were sworn to by Hart. Now, I think unnecessary trouble has been made in this matter with regard to the nature of Hart's affidavit. Here I must consider with regard to the meaning of that affidavit what the object of the parties was; and the object simply was to shew to the Court as distinctly as could be done, as plainly as words could make it, that the Company had an office here and a person here who was authorized on their behalf to receive process for them. With regard to the rules which should guide Courts and all persons with regard to agreements of parties, these rules are familiar rules, they are all "as old as the hills," a rule of this kind states with regard to the meaning of a contract, "however general the terms may be in which the contract is expressed, they extend only to the things concerning which it appears the principals intended to contract." This rule applies to contracts, but the same rule applies to everything in which the question is what was intended. You must look at what object the parties had in view. Bacon in one of his general maxims says, general words shall be aptly restrained according to the principle or person to which they relate, and in a book which we continually use with regard to the interpretation of contracts (Broom's Maxims) there is a commentary on the meaning of this very maxim, and looking at the statement of the Company in that case, and the affidavit which is made in support of it, it is impossible to come to any other conclusion than this, that the gist of that statement was simply to show to the satisfaction of the Court that there was a place where service of a writ or declaration could be made, and the Defendants did not think of anything else; they did not trouble themselves about anything beyond that. They naturally as all lawyers would do, made the words as large and comprehensive as would be sufficient to prevent the Court making any mistake as to what they meant. In the same paper there is an allegation that Watt made and effected insurances in the Company at Montreal. Now, that was an inaccurate expression, because in point of fact, the policy that is produced here in this case of insurance was made at New-York, and not at Montreal, though the application, doubtless, was sent to the Company through the office at Montreal. I shall now, in connection with this fourth heading as to the Company authorizing Hart to make contracts of insurance on their behalf in Montreal, refer to two of the letters of the Company. There is, first, the letter written from New-York on the 17th January, 1864, and in the "P. S." it is intimated that they would be happy to open a business with Hart. The writer is Neilson; and, he adds, "any other risks offered to you for our consideration." What

does that mean ? It means it must be submitted to them and considered by them, and they could assume the risk or not as they considered would be for the interests of the shareholders whom they represented. "Any other risk offered to you for our consideration similar to those covered by the policies of Thomas and Urquhart, the letter of which gentlemen insures wholly with us, we shall be happy to entertain on the same terms." Then there is the letter of the 8th of January, 1865, which comes up, and the first part of which notices an abandonment which had been imprudently accepted by Hart. "There is no objection," they say. " to your being a medium of transmission, but nothing more; that is a point upon which we must be peremptory in all cases." Then there is the evidence of Anthony, which is very clear on the subject of Hart's powers. That they were of a very limited character: that he was authorized to accept services since 1861, that he was authorized specially in cases that came before the Company to make extensions of policy and to receive notices. The counsel for the defence made a point of the evidence of Thomas Ross and A. T. Patterson, who received from Hart certificates to the effect that they were insured; but Patterson explains this by saying that this was done, he supposes, upon an open policy which Hart held himself." I understood," he says, " that Hart himself had an open policy in the Company upon which these certificates were insured, and understood from Hart that he had an open policy with the Company himself upon which he insured us." The Court here would make a remark which it should have made some time ago. You should carefully separate the acts of Hart from the acts of the Company; you can decide for yourselves what Hart actually did in this matter, in his interview with the Redpath and Son; and it is another question how far he was authorized by the Company. And one other point to which I would call your attention is the question whether the defendants here may be bound in the case, whether the Defendants can be bound to any contract of insurance effected elsewhere than at the place, and otherwise than in the manner authorized by their charter and by laws ? In 1841 an Act is passed and it refers to another Act which incorporated a Company previously to insure —the United Insurance Company, — and that Company had power, by instrument or otherwise, to make marine insurances upon vessels, their goods, and so on, and all corporate powers of the said Company shall be exercised by a board of trustees, and there are no less than thirty-two of these trustees, who shall have a president, a vice-president and so on. Then comes a very important clause in the Act, which says that the operations of this Corporation shall be carried on in such a

place in the city of New-York as the trustees shall direct and not elsewhere — in the city of New-York, and there all contracts have to be made. And No. 9 of the by-laws says the president and vice-president, and second vice-president, if there be one, shall have power to make and execute contracts of insurance upon behalf of the company, but none shall be made when two are present, if either dissent. There is the greatest care taken here to protect the shareholders. Their interests are of very great importance in a matter of this kind. This is a question of law which is exclusively within the province of the Court; and the Court on this question is against Plaintiffs; and it is therefore the duty of the Court to charge you that Theodore Hart was not empowered by them to effect insurances upon their behalf that the Plaintiffs here pretend were made; that Defendants did not agree to insure and did not insure the molasses of the Plaintiffs. You will therefore answer the second and third questions in this sense in conformity with these directions of the Court. Reference has been made to the case of McGillivray against the Montreal Insurance Company. This is a case which is directly in point. It was there held by the Privy Council that the charter of the Company directed the way of making contracts—you should remember the evidence and principle here—that Murray, the manager, could not bind the company in a different way. In that case the court and jury deemed it a hard case for the Plaintiff, Mrs. Reid, Elizabeth McGillivray was her maiden name. She had empowered Hays to go to the Insurance Company and effect an insurance with Murray. When the question came as to the payment of the premium, it was a premium of some amount and Hays happening to be in need, was not prepared to pay the premium in good time, he induced Murray to take his note. But the note was protested some time before the fire, and the premium, in fact, was never paid, the policy was never given to Mrs. Reid, and when the fire occurred subsequently, and a claim was made on the Company, they said: " We never made the contract with you; we never accepted the premium from you." Still the court and jury took a different view of the case; it went to appeal, and a majority of the Court of Appeal decided the case could not be touched. Then it went to the Privy Council, and there it was decided, and decided in a way which has met, as far as I have been able to observe, with the approbation of the Bar of this country. The case was decided against the Plaintiff on this ground, that the Company could only be bound in the terms indicated by their charter, and not otherwise. That case was a very interesting case for lawyers, and throws a great deal of light

upon such questions before our courts. That question has come up again and again in the States, and has been decided in that sense. We possess the record in one of our law reports, and the information, valuable as it is, was procured at an expense of something like £1,000 to the unfortunate Plaintiff, who learned only from the Privy Council that her agent did not procure a contract of insurance for her. I do not know whether any of you, gentlemen, have been interested in the Commercial Bank of Canada, but they were in trouble in a similar way. This case was litigated in Upper Canada, and went to the Privy Council two or three years ago, in which this bank was Plaintiff against the Great Western Railway of Canada. The Great Western Railway was incorporated under a certain charter, and was interested in a western road, and it induced, or rather the officers of the railway, the directors, I presume, induced the Commercial Bank to advance for the construction of this foreign road, a very considerable sum of money, I think amounting to a million dollars; I don't remember the precise sum. Subsequently the Great Western R. Co. refused to pay this amount, and the question was litigated before the courts here, how far the railway could be bound for the acts of their officers. The question came up as to the scope of their charter. It was decided in one sense in Upper Canada, but finally the bank lost a very great amount of money by the decision of the Privy Council; and probably it was that which made such a serious difference in the value of the shares of that bank subsequently. There is reasonableness in this rule. The company consists of shareholders who, in fact, empower their managers and officers to act in the way and to the extent pointed out in their charter, and who might be ruined if their agents had power to bind them by exceeding their charter. Take the case of the Bank of Montreal for example. Suppose the directors of the Bank of Montreal decide to transmit to Hong Kong in China, say, one half of their capital, three millions of the capital of the Bank, for banking operations there, and suppose a suit, arising out of a breach of contract, was brought against the bank here in Lower Canada, and the question was raised as to the liability of the bank, the very first question that would come up would be, what is the scope of the charter? The court would look at once to the charter to know what were the powers of the directors of the bank; otherwise the shareholders might be ruined. Now, gentlemen, here is this Insurance Company, which, in the most emphatic terms, in going to the legislature, asks that the charter should provide that its operations and offices shall be in the city of New-York and at such place as the trustees shall direct, and not elsewhere, and would it be

right for the president and vice-president and directors to establish insurance offices all through the United States and all over the world, to bind the company, without the shareholders knowing anything about it? The shareholders wish to keep the business entirely under the supervision of the head officers in New-York, and that there shall be no contract which does not emanate from New-York. It may be said it is hard for those who contract in ignorance of the inability of the agent to bind his principals beyond the limits of their charter. But we are bound to know the capacity of those with whom we contract. It is the same as in the case of married women and minors. He who makes a contract with a minor or a married woman is to blame himself and no one else. If we ignorantly contract with them we must take the consequences. It was a reasonable prayer for the promoters to ask a Legislature not to allow the company to make a contract of insurance out of New-York, and it is our duty to protect the company in this respect. It was argued on the part of the Plaintiffs that foreigners should not be protected in this requirement of their charter, but the court here cannot respect persons and make a difference between foreigners and citizens. I know of no law of civilized society that would justify the application of a different rule to a foreign corporation and a Canadian Company, and in connection with this I would just refer to a clause in the Consolidated Statutes of Lower Canada which provides for the protection of foreign corporations (sec. 2, chap. 91). " All joint stock or other companies or bodies politic and corporate, who have a legal capacity in the jurisdiction wherein they are respectively erected or recognized, and all persons on whom by any properly constituted authority or law, whether of the heretofore province of Upper Canada, or of the Imperial Parliament of Great Britain and Ireland, or *of the United States of America*, or *of any of them*, or of any other foreign state, colony, or dominion, the right or power of sueing or being sued has been conferred, shall have a like capacity in Lower Canada, to *bring and defend* all actions, suits, plaints, bills and proceedings whatsoever,—and shall by and before all courts, judges and judicial authorities whatever in Lower Canada, be held in law to be capable of sueing *and being sued, in the same name, manner and way as they could or might* respectively be within the jurisdiction wherein such executors or administrators, or persons, bodies politic and corporate, etc., were respectively created, erected or recognised." I would merely, in conclusion, refer to the Civil Code art. 360, referring to officers of corporations ; " These officers " That is the president and vice-president sor whatever they may be " represent a corporation

in all acts, contracts or suits, and bind it in all matters which do not exceed the limits of the powers conferred on them. These powers are either determined by law, by the by-laws of the Corporation, or by the nature of the duties imposed." If this were a Canadian corporation it would be impossible to say it could be bound by an insurance made by their agent who exceeds the authority given him to make contracts. And it is the duty of the court to apply the same doctrine in the case of an American Company. The court, therefore, charges you that the Defendants could not make and cannot be bound by the contract, assuming, I merely say assuming, there is a contract here, but it is for you to say whether there was a contract made in the matter; assuming that Hart in their name made a contract which is sought to be fastened upon them. On one side it may be said that is a hard case, but there is a maxim of our law which says that "hard cases make bad law." In this sense we are very apt to be carried away, I admit judges as well as juries are very apt to be carried away, by what are called hard cases, and come to decisions which, upon calmer reflection, are not sanctioned by our courts. Take the Plaintiff in the case of McGillivray against the Montreal Insurance Company. It was considered a hard case and was so held in the courts here; and what was the final result? After bitter litigation on both sides, and litigation that lasted years, it ended in the Plaintiff being turned out of court, or at any rate refused judgment on a verdict at very heavy costs. I shall only say in conclusion that a verdict of nine is sufficient to settle the question. It is not necessary for you to be all agreed; and if you wish the assistance of the court with regard to anything, it is the duty of the court to give you all the assistance and information in its power.

The jury returned a verdict, in the shape of answers to special questions submitted to them, in accordance with the Judge's charge. Verdict for Defendants. (14 *J.*, p. 90)

BETHUNE and BETHUNE, for Plaintiffs *par reprise d'instance.*

HON. J. J. C. ABBOTT, Q. C., for Defendants.

CRIMINEL TIENT LE CIVIL EN ETAT.

COUR SUPÉRIEURE, Saint-Jean, 19 Novembre 1869.

Coram SICOTTE, J.

DAUDELIN *et ux. vs.* VALFROY VINCELETTE *et al.*, et DAUDELIN *et ux.*, Demandeurs en faux, *vs.* VALFROY VINCELETTE *et al.*, Défendeurs en faux.

Jugé: Que la maxime de l'ancienne jurisprudence "le criminel tient le civil en état" est encore la règle.

Une question toute nouvelle dans ce pays a surgi de cette cause. Il s'agit de l'influence du criminel sur le civil. L'action est intentée pour $300, en vertu d'une obligation contractée par Valfroy Vincelette, et continuée solidairement par Clément Vincelette et Alex. Dufresne. Les Défendeurs offrent en compensation un billet pour à peu près le même montant, consenti pardevant ledit Valfroy Vincelette, en sa qualité de notaire, par le Demandeur à un nommé Guertin, et transporté par celui-ci à Vincelette. Ce billet est en brevet et le prétendu débiteur a signé d'une croix. Les Demandeurs s'inscrivent en faux contre ce billet. Presqu'en même temps une poursuite criminelle pour faux est intentée contre le nommé Valfroy Vincelette par le Demandeur. Vincelette est trouvé coupable et condamné. Procédant ensuite sur le faux incident, les Demandeurs allèguent, comme moyens de faux, le fait de cette conviction qui, selon eux, compute nécessairement la fausseté de la pièce signée de faux, et à l'appui de leurs moyens de faux, ils produisent: 1° Copie de l'indictement avec le rapport des grands jurés; 2° Copie du procès-verbal de toute la procédure en Cour criminelle y compris la conviction; 3° Copie de la sentence; 4° des admissions sur l'identité du billet et de la personne désignée dans les deux causes sous le nom de Valfroy Vincelette; et ils s'en tiennent à cette preuve de faux. Les Défendeurs en faux incident, dans leur réponse aux moyens de faux, dénient l'autorité de la chose jugée au jugement rendu au criminel en matière civile; ils dénient même à ce jugement toute influence sur le civil, et ils prétendent que, dans tous les cas, ce jugement n'a aucune valeur contre Clément Vincelette et Alexandre Dufresne, cautions, qui n'étaient pas représentés au procès criminel, et que, si Vincelette convaincu de faux ne peut invoquer la validité du billet fabriqué par lui, eux, ses cautions, peuvent se servir de ce billet comme s'il n'était jamais intervenu de conviction contre le débiteur principal. Telles furent les prétentions des parties. Les Demandeurs s'attachèrent à prouver, 1° que cette question ne devait pas être décidée d'après les principes de la jurispru-

dence anglaise, mais exclusivement d'après ceux de la jurisprudence française : 2° que cette dernière jurisprudence était depuis longtemps invariablement fixée sur ce point, et que la grande raison qui l'a déterminée, c'est le "scandale judiciaire" qui résulterait d'un fait déclaré faux au criminel et déclaré vrai au civil ; de deux Cours également souveraines dans les matières de leur compétence, dont l'une dirait "oui" et l'autre "non" sur le même fait ; de la détention d'un individu dans un pénitencier pour fabrication de pièces et en même temps les gains et profits que ferait le coupable au moyen de la pièce fabriquée par lui. Les autorités citées furent : C. C., art. 1207. Dalloz, Jur. gén. du Roy., tom. 2, p. 625, vo. chose jugée, influence du criminel sur le civil ; Marcadé, vol. 5, sur l'art. 1351, chose jugée, &c., p. 192 ; Zacharie, § 589, vol. 3, p. 496, Oblig. et Contrats ; Merlin, Quest. de droit, vo. chose jugée ; Sourdat, sur l'art. 1241 ; Denizart, vo. chose jugée ; Gilbert, on Evidence, 1 vol., No. 31. Les défendeurs appuyèrent leurs prétentions presqu'entièrement sur la jurisprudence anglaise et citèrent entr'autres autorités, Starkie, 1 vol., "judicial instruments."

Sicotte, J : La principale différence entre l'ancienne procédure française et celle d'aujourd'hui est dans l'organisation de tribunaux distincts et spéciaux pour juger le faux principal et le faux incident, le procès criminel et le procès civil. Avant le Code Napoléon, sous l'empire des Ordonnances, les mêmes Cours jugeaient le criminel et le civil. L'article 1, titre 20, de l'ordonnance 1667, statue que les juges pourront ordonner qu'un procès commencé par voie civile sera poursuivi extraordinairement, s'ils reconnaissent qu'il peut y avoir lieu à quelque peine corporelle. C'est pour cela qu'on disait que le délit ne rendait pas la cause criminelle, mais seulement la manière de procéder. Les juges pouvaient recevoir les parties en procès ordinaire. On appelait cela civiliser la matière qui auparavant était criminelle, mais toutefois après cette civilisation on pouvait reprendre le procès criminel, et tout cela se faisait devant le même juge et devant le même tribunal. On reprenait celui qui avait été fait pour le joindre au civil comme n'étant qu'un procès, et le civil dépendait du criminel, l'ordinaire considéré comme accessoire de l'extraordinaire ; et le juge avait égard à ces deux voies d'instruction lors du jugement définitif. La juridiction de nos tribunaux est distincte et séparée quant aux matières civiles et criminelles : mais chaque tribunal est juge souverain et indépendant dans les matières de sa compétence, et leurs décisions sont finales, quant aux choses qui leur sont spécialement attribuées. Le civil ne peut intervenir dans le criminel, ni le criminel dans le civil ; mais la décision de chaque tribunal sur les matières de leurs attribu-

tions spéciales est finale, absolue ; et pour les autres tribunaux, cette décision est chose jugée, sur toute son autorité, quant à toutes fins. La maxime de l'ancienne jurisprudence, "que le criminel tient le civil en état" est encore la règle. Le code français l'a reproduite par une disposition expresse. Cette maxime est juste et découle de la nature des choses, et de leurs conséquences nécessaires et forcées. Merlin pose cette question : Pourquoi l'action publique, lorsqu'elle est intentée avant ou pendant la poursuite séparée de l'action civile, doit-elle tenir l'action civile en état ? Il ne peut y avoir qu'une raison ; c'est que l'action publique est préjudiciable à l'action civile ; c'est par conséquent que l'action civile est subordonnée au sort de l'action publique ; c'est que le jugement à rendre sur l'action publique recevra de l'action civile une application nécessaire et forcée. Les jugements civils ont l'autorité de la chose jugée, quant à la vérité du fait criminel, quant à la contestation du crime et de sa punition. Il est hors de doute qu'après le procès en faux principal commencé, le sursis au jugement du procès civil, d'où il a surgi, peut et doit être ordonné. Le faux principal est alors préjudiciable au faux incident. Quelle serait la raison du sursis du procès au civil, si après le jugement de condamnation ou d'acquittement au criminel, il y avait encore lieu de faire le même procès au civil. La règle que le criminel tient le civil en état s'appliquera, parce que de fait le procès criminel est une instruction dans le procès civil, mais qui, attendu la punition corporelle qui peut découler comme conséquence de cette instruction, ne peut se faire par notre organisation judiciaire que dans un tribunal criminel. La vérité ou la fausseté de la pièce, invoquée au civil, est un fait qui est examiné et déterminé, s'il y a lieu à une condamnation corporelle, par un tribunal autre que le tribunal civil, mais dont les décisions seront aussi conclusives, sur le procès civil, que si elles émanent du tribunal civil. Ce dernier est tenu en état jusqu'à cette décision. Le faux principal, s'il surgit à propos en pièces produites dans le cours d'une instance civile, est préjudiciel au faux incident. Dans l'espèce le procès en faux principal a été provoqué à l'occasion d'un procès civil, dans lequel les Demandeurs et les Défendeurs étaient les seules parties. La plainte en faux principal est sortie du débat engagé entre les parties, relativement à la même pièce. C'était une pièce commune à tous les Défendeurs, elle était invoquée par tous, conjointement, de la même manière et pour leur valoir identiquement et au même degré. Le faux principal reprochait à l'un d'eux seulement la fabrication de la pièce, et il a été déclaré coupable de l'avoir fabriqué. La condamnation emporte nécessairement, essentiellement, forcément, la fausseté même de la pièce. Cet accusé, déclaré coupable, est la même

personne que le Défendeur à l'inscription en faux incident. Il demande qu'on fasse un nouveau procès tant à la pièce qu'à lui-même, car dans l'instance criminelle, tout le procès dépendait de la vérité ou de la fausseté de la pièce ; il n'a été condamné et puni que parce qu'elle a été déclarée fausse et que c'était lui qui l'avait fabriquée. Il faut dire que la fausseté de la pièce quant à lui, et pour toutes les fins du procès civil où il l'a invoquée, est irrévocable, comme le fait de la conviction et de la punition. Cette fausseté est conséquence légale, suite essentielle du jugement criminel. S'il n'en était pas ainsi, il pourrait arriver que la personne convaincue du faux et de la fabrication, aurait tout le profit et avantage de son crime, quand des tiers liés avec lui dans le même procès, n'ayant que des droits communs et identiques avec le coupable du faux, n'auraient pas toutefois participé dans sa criminalité dès le commencement et en deviendraient solidaires toutefois sans les risques de la punition, en faisant obtenir au coupable non pas le pardon, mais le bénéfice matériel de son crime. Une conviction de parjure détruit la vérité de l'homme comme témoin, parce qu'elle a constaté sa fausseté. Cette disqualification est absolue, elle frappe le témoin parjure partout et toujours, c'est conséquence légale, c'est l'effet nécessaire, c'est l'exécution du jugement. La pièce convaincue de fausseté est également disqualifiée, parce qu'elle est par ure, *faussaire*. Cette fausseté la disqualifie partout, à l'encontre de tous ceux qui l'invoquent au même titre, aux mêmes fins, contre et entre les mêmes parties. C'est également conséquence légale, exécution du jugement. Le jugement en la déclarant fausse, fabriquée, a, par là même, déclaré que la partie contre laquelle on l'invoquait n'y a jamais participé ; que de fait elle n'existait pas, autrement que comme fait mensonger. Déclarer sa fausseté entière était ordonner sa suppression pour empêcher qu'on pût l'invoquer de nouveau. Les Défendeurs, Clément Vincelette et Alexandre Dufresne, n'ont pas de droits dans cette pièce autres que ceux de Valfroy Vincelette, l'autre Défendeur, et qui l'a fabriquée. Ils l'invoquent aux mêmes fins, et de la même manière, comme lui, pour lui, par lui, pour un intérêt commun, dans le même procès. Ils tirent leurs droits du condamné. Valfroy Vincelette, condamné comme faussaire et coupable de la fabrication, n'a pas droit de prétendre que la pièce est vraie. On ne peut faire qu'un procès à la pièce comme à l'individu. La réhabilitation de la pièce ou de l'individu ne peut se faire sur le faux incident, après le procès en faux principal, dont il ne peut y avoir d'appel. Le tribunal criminel avait juridiction spéciale pour déclarer fausse la pièce dont il s'agit, et juridiction inclusive pour punir le faussaire. Il a été solennellement décidé par ce tribu-

nal que la pièce présentée et arguée de faux était fausse, et que le faussaire était Valfroy Vincelette. La sentence de ce tribunal est absolue, obligatoire pour tous les autres tribunaux chaque fois que la même chose sera controversée. Le fait invoqué comme moyen de faux, découlant de l'arrêt criminel, est donc admissible et pertinent : il est comme on le disait autrefois l'extraordinaire qui se joint à l'ordinaire qui est le procès civil. Dans le jugement définitif, il faut, comme autrefois, avoir égard à l'instruction sur l'extraordinaire, lorsqu'il y a lieu de rendre le jugement définitif. L'inscription de faux est donc bien fondée ; et il faut ordonner que la pièce soit rejetée du procès comme fausse et fabriquée. Inscription en faux maintenue. (14 *J.*, p. 97.)

CHAGNON, SICOTTE & LANCTOT, avocats du Demandeur.

C. J. LABERGE, Q. C., avocat du Défendeur.

PROMESSE DE VENTE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 Décembre 1869.

Coram MACKAY, J.

RENAUD *vs.* ARCAND *et al.*

Jugé : 1° Que, par ces mots : "Promesse de vente avec tradition et possession actuelle équivaut à vente" il faut entendre qu'une telle promesse, tout en liant celui qui promet assez énergiquement pour que la vente s'ensuive forcément si l'autre partie remplit les conditions du contrat, ne signifie pas néanmoins que telle promesse de vente est, en droit, la même chose qu'une vente ; que telle promesse n'a pas l'effet de transporter le droit de propriété en la personne du stipulant, lorsqu'il appert par les termes du contrat que telle n'a pas été l'intention des parties, mais qu'au contraire elles ont voulu réserver cet effet à un acte postérieur et conserver le droit de propriété en la personne du promettant. (1)

2° Que le droit de demander la résolution de la vente, faute de paiement du prix, appartient au vendeur, malgré qu'il ait stipulé comme remède à l'inexécution des conditions, de la part de celui qui a promis d'acheter, la revente ou reprise des biens vendus, surtout s'il a stipulé ce remède sans préjudice à tout autre droit.

3° Que la clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de "se faire remettre, reprendre et revendiquer," n'est rien autre chose que le pacte commissoire.

4° Que la position du prometteur n'est sous ce rapport nullement changée par la faillite de celui à qui il a promis de vendre.

Par acte intitulé "promesse de vente" passé à Montréal devant Seers, notaire, le 9 juin, 1866, le Demandeur promit de vendre, dans 7 ans et 6 mois, savoir, le 8 novembre 1873, à Eucher et Rémi Alphé Arcand, commerçants à Stratford, faisant affaires en société sous la raison sociale de Arcand et

(1) V. art. 1478 C. C.

frère, des lots de terre avec dépendances, animaux et agrès de ferme, situés au même lieu et dont les Arcand étaient déjà en possession depuis plusieurs années en qualité de fermiers. Les Arcand devaient prendre la *jouissance* des immeubles immédiatement jusqu'au jour de l'expiration de période ci-dessus. Cette promesse de vente était faite pour $3000.00, payable en 30 paiements de $100.00 devant se faire de 3 mois en 3 mois, avec intérêt de 7 par cent ; de plus, à la charge de l'entretien des chemins publics, du paiement des taxes municipales d'école. L'acte contenait, en outre, la clause suivante : " Il est bien entendu entre les parties que si les Arcand cessaient ou négligaient de faire chacun des paiements exactement aux termes ci-dessus stipulés, et n'exécutaient toutes et chacune des clauses et conditions ci-dessus stipulées, ou se dépossédaient d'aucune partie desdits biens meubles ou immeubles sans le consentement dudit Louis Renaud, ce dernier aura droit d'exiger immédiatement, *sans préjudice à tous autres droits*, ou la vente à l'enchère publique en la manière et forme suivie dans les licitations et partages de biens, de tous les immeubles et bien meubles, etc., jusqu'à concurrence de la balance lui restant due sur la somme de $3000.00 ci-dessus, avec intérêts tels que stipulés, ou s'il, ledit Renaud, le préfère, reprendre desdits Arcand et frère, et se faire remettre et revendiquer immédiatement, telle portion desdits biens meubles et immeubles qui sera nécessaire pour compléter la balance restant alors due sur lesdits $3000.00 et intérêts, en faisant faire l'estimation du prix qu'elle pourrait se vendre argent comptant par trois experts dont un nommé par un juge et les deux autres par les parties.... Il est bien entendu que Renaud aura le droit de choisir et revendiquer ceux desdits biens qu'il jugera à propos jusqu'à concurrence desdits $3000,00 et intérêts." Cet acte ne fut pas enregistré. La société Arcand et frère s'étant peu après dissoute, R. Arcand, l'un des associés, continua seul les affaires, fit des dettes considérables et devint insolvable après que 3 des paiements stipulés à la promesse de vente furent devenus échus, mais sans qu'un seul eut été payé. Le failli fit une cession entre les mains de T. Sauvageau, syndic officiel, sans y comprendre néanmoins les biens qui avaient fait l'objet de la promesse de vente. Une majorité des créanciers du failli ayant ordonné au syndic de prendre possession de ces derniers biens et d'en opérer la liquidation, le Demandeur intenta la présente action contre Eucher Arcand, frère du failli, et T. Sauvageau, en sa qualité de syndic à la faillite de ce dernier, pour obtenir la résolution de la promesse de vente et rentrer en possession desdits biens. Par ses conclusions, le Demandeur, après avoir demandé acte de la déclaration qu'il faisait qu'il se prévalait

du droit de reprendre lesdits biens, concluait à ce que ladite promesse de vente fut déclarée résolue par défaut d'accomplissement des conditions stipulées ; que les Défendeurs fussent condamnés à remettre lesdits biens aux Demandeurs, si mieux ils n'aimaient payer audit Demandeur lesdites $3000.00 et intérêt tel que stipulé, ou de consentir à la nomination d'experts sur la manière pourvue audit acte pour estimer la proportion desdits biens que le Demandeur devait reprendre sur estimation de leur valeur argent comptant, pour se payer de la somme ci-dessus et des intérêts. Le Défendeur Sauvageau plaida par une défense en droit et une exception péremptoire. Il est allégué dans la défense en droit : 1o. Qu'il appert à l'action que le Demandeur n'a pas le droit de demander la résolution de la promesse de vente suivie de tradition, mais seulement d'exiger la mise en vente et la dation en payement de tout ou partie desdits biens à dire d'experts : 2o. Que le Demandeur allègue qu'il n'a stipulé qu'un privilége différent du pacte commissoire : 3o. Que le Demandeur ne pouvait en loi demander la résolution de la vente, la convention relatée constituant une vente irrévocable, transportant la propriété desdits biens d'une manière absolue. Par l'exception péremptoire il est allégué : Que l'acte en question est réellement une vente desdits biens lesquels sont la propriété des acquéreurs ; qu'il a été suivi de possession par les Arcand. Que le Demandeur n'a stipulé et n'a qu'un droit de provoquer la vente desdits biens à défaut par les Arcand d'en payer le prix, et n'ayant faculté de reprendre lesdits biens ou portion d'iceux que sur estimation par expertise, en payement de son dû, admettant par là avoir transmis la propriété desdits biens irrévocablement, a exclu par là toute idée de pacte commissoire, qui eût seul donné droit d'action, mais qui ne peut exister sans convention formelle. Que le Demandeur ne pouvait avoir que privilège du vendeur, lequel, en droit, n'existe pas sur les meubles vendus à terme et n'existe sur les immeubles que par hypothèque et ne peut être conservé que par l'enregistrement. Le Demandeur répondit : Que la promesse de vente ne fut suivie que de *jouissance* à titre précaire pour 7 ans et 6 mois ; que les Arcand n'ont jamais reçu tradition desdits biens, vu qu'ils en étaient déjà en possession comme fermiers, laquelle possession stipulée ne leur fut continuée que pour leur procurer les moyens de remplir les conditions à l'acte, et nullement dans le but de parfaire le contrat ; que soit le Demandeur, soit les Arcand, soit les créanciers eux-mêmes avaient toujours donné audit acte cette interprétation ; que si ce contrat pouvait être appelé vente, ce ne pouvait dans tous les cas être qu'une vente faite avec condition suspensive et comportant condition résolutoire, laquelle n'est rien autre que le *pacte*

commissoire; que le droit stipulé en faveur du Demandeur n'était pas de recevoir en payement portion desdits biens, mais le droit de les *reprendre et revendiquer* à titre de propriétaire: que, dans tous les cas, cette clause était stipulée *sans préjudice à tous autres droits,* ce qui conservait au Demandeur le bénéfice du droit de demander résolution pour faute de payement du prix, lequel droit était de droit commun et existait indépendamment de toute stipulation: que l'acte en question ayant été passé avant la mise en force du code ne pouvait être affecté par les dispositions y contenues lesquelles n'avaient pas de rétroactivité. Le Demandeur fit preuve que les Arcand possédaient lesdits biens en qualité de fermiers longtemps avant l'acte en question et que, même sous l'empire de cet acte, ils avaient toujours considéré cette possession comme précaire. Les remarques de l'hon. Juge siégeant peuvent se résumer comme suit: Bien que l'art. 1478 du Code Civil du Bas-Canada, d'accord en cela avec le sentiment de presque tous les auteurs, établisse que "la promesse de vente avec tradition et possession actuelle équivaut à vente," cependant il ne faut pas donner à cette disposition plus d'étendue que n'a voulu lui en donner le législateur. Qu'un semblable acte ait plusieurs des caractères de la vente et soit effectif en ce sens que le vendeur se trouve lié par cet acte à passer titre si l'acheteur remplit toutes les conditions stipulées, et ne puisse vendre à une autre, cela est incontestable. C'est ce qu'ont voulu exprimer tous les auteurs et après eux notre code civil. Mais que les effets d'un tel acte soient tellement absolus qu'ils dépouillent le prometteur de vendre de tout droit de propriété, et transportent en la personne du prometteur d'acheter une propriété parfaite, c'est ce qui ne peut pas se supposer. Il ne faut pas donner à un tel acte des effets plus étendus que les parties n'ont voulu lui en donner. Les contrats sont la loi des parties. Je trouve dans Marcadé une dissertation qui me paraît comporter la vraie interprétation qu'il faut donner à l'énonciation de la règle ci-dessus par les auteurs, laquelle a été posée en principe par le code Napoléon et le code Canadien: "Quand on entre au fond des choses, "quand on cherche dans les explications qui en ont été don-"nées à toutes les époques, le vrai sens de cette règle (*pro-"messe* de vente vaut vente), on voit bientôt que ni nos vieux "auteurs, ni les rédacteurs du code n'ont entendu prendre ses "énergiques expressions au pied de la lettre, que jamais ils "n'ont songé à nier la différence que la nature même des "choses établit entre une vente actuelle et une simple pro-"messe de vente. La grande dispute qui existait autrefois et "que le code est venu trancher n'a jamais été de savoir si, en "droit et légalement, une promesse de vente devait être ri-

" goureusement la même chose qu'une vente. Personne, ni " dans les siècles précédents, ni en 1804, n'a jamais imaginé " une pareille idée. La *dispute* était de savoir si la promesse " de vente liait le promettant assez énergiquement pour que " la vente s'ensuivît forcément, et quelle fût ainsi rendue " certaine par la promesse." 6 Marcadé, sur art. 1589, p. 166 et 167. Cette interprétation décide la question de savoir si le défaut d'enregistrement prive le Demandeur de ses droits, car ayant toujours été propriétaire il n'avait pas à conserver par enregistrement son privilége de vendeur. En second lieu, supposant même que cet acte soit une vente, il contient une stipulation qui n'est rien autre que le pacte commissoire. D'ailleurs, cette stipulation était faite : " sans préjudice à tous autres droits," le Demandeur s'est réservé par là le bénéfice du droit de demander la résolution du contrat faute de payement du prix, droit qui est formellement reconnu par les auteurs qui ont écrit tant sous l'ancien droit français que sous le nouveau et qui a été sanctionné par la jurisprudence de ce pays. La faillite du nommé R. A. Arcand n'a rien changé de la position du Demandeur. Le Demandeur doit donc obtenir les conclusions de son action : Autorités citées par le Demandeur : 9 Toullier, Droit Civil Français, No. 91, p. 161 ; 1 Troplong, Priv. et Hyp., p. 278 ; 1 Troplong, Vente, p. 129 ; 1 Troplong, No. 130, p. 197 ; 2 Troplong, Priv. et Hyp., p. 331 ; 1 Troplong, Priv. et Hyp., No, 471, p. 205, No. 198, p. 289, No. 193, p. 283 ; 2 Troplong, Vente, No. 645, p. 152 et suiv. ; Code Napoléon, art. 1654 ; Journal du Palais de 1825-36, p. 182 ; 12 Dalloz Jurisp. du Royaume, Vo. Vente, p. 899, note 6 ; Pothier, Vente, p. 635 ; Patenaude *vs.* Lerigé dit Laplante, 14 R, J. R. Q., p. 102 ; Rapp. des Codif. Canadiens sur la vente, arts. 58, 59, 60 ; Code Civil du Bas-Canada, art. 1543 ; Coutume de Paris, art. 170, 176, 177 ; Acte concernant la faillite 1864 ; Thifaut *vs.* Racine, jugement de la Cour de Revision du 30 Octobre 1868. (14 *J.*, p. 102.)

F. X. A. TRUDEL, pour le Demandeur.

R. et G. LAFLAMME, pour le Défendeur Sauvageau, *esqual.*

STATUTS DES FRAUDES.—PREUVE.

COUR DU BANC DE LA REINE, Montréal, 9 décembre 1869.

Coram DUVAL, C. J., CARON, DRUMMOND, BADGLEY, LORANGER, JJ.

JOHN DONEGANI, Appelant, *et* ANDREA MOLINELLI, Intimé.

Jugé: 1o. Que le statut des fraudes ne s'applique qu'aux ventes commerciales pures et simples, et non aux contrats d'ouvrages pour objets non encore confectionnés.

2o. Que l'article 1235 du Code Civil ne s'applique qu'aux cas où le marchand qui trafique sur un article de commerce qu'il ne confectionne pas lui-même, le fait confectionner, ou l'achète de l'ouvrier ou d'autres négociants pour le revendre.

3o. Que, dans l'espèce actuelle, le contrat a été pour un objet particulier en dehors du commerce ordinaire de l'Intimé, et que ce n'est pas une vente pure et simple, mais un louage d'ouvrage, qui ne tombe pas sous le statut des fraudes.

L'Appelant réclame de l'Intimé la somme de $395 qu'il dit lui avoir prêtée. L'Intimé a plaidé qu'il n'avait reçu que $186.25 et que cette somme ne lui avait pas été prêtée, mais payée et avancée sur certains ouvrages consistant en réparations de meubles, qu'il avait faits pour l'Appelant, et sur le prix d'un buffet d'une grande valeur qu'il lui avait commandé. Ces meubles et ce buffet étaient depuis longtemps à la disposition de l'Appelant, qui avait toujours refusé de les accepter, malgré les mises en demeure réitérées qui lui en furent faites. La valeur des réparations faites aux meubles de l'Appelant est estimée à $110.50 et celle du buffet en question à $650.00, de sorte que l'Intimé a plaidé compensation pour une partie, et s'est porté Demandeur incident pour le surplus. L'enquête a dévoilé les faits suivants: L'Appelant aurait, dans le cours du mois d'avril 1865, requis l'Intimé de lui faire un buffet d'une valeur ordinaire, dont le prix ne fut point fixé. Plus tard, voulant avoir un meuble plus riche, il fait la commande d'un buffet ornementé, permettant à l'Intimé de l'exposer à l'Exposition qui devait avoir lieu dans le mois de septembre suivant. Les ordres de l'Appelant furent exécutés et le buffet fut fait à la boutique de l'Intimé qui avait pour cet objet requis les services des ouvriers les plus capables. L'Appelant, pendant que le buffet se faisait, en surveillait lui-même les progrès, venant presque chaque jour à la boutique de l'Intimé, faisant des suggestions, changeant même à plusieurs reprises le dessin qui avait été préparé d'après les mesures et suivant les dimensions prises par l'Intimé lui-même, dans la salle à manger de l'Appelant. Le buffet fut mis à l'Exposition et offert ensuite à l'Appelant qui refusa de l'accepter, donnant pour prétexte qu'il était trop grand pour sa salle à manger. La preuve de la com-

mande de ce meuble fut faite par témoins, mais sous réserve d'objection, l'Appelant s'y étant opposé, "*attendu que ce buffet valait plus de* **£10** *sterling, qu'il n'y avait pas eu de livraison, que l'Intimé n'avait point reçu d'arrhes, et n'avait produit aucun écrit quant à la commande.* Un premier jugement fut rendu en Cour Supérieure par Son Honneur M. le Juge Monk, déclarant que la preuve qui avait été faite était illégale, et l'exception ainsi que la demande incidente de l'Intimé furent renvoyées, et l'action de l'Appelant maintenue pour $192.25.

Voici les remarques du juge Monk.

MONK, J., said that this was a case which had given him a great deal of trouble, and it was one of those in which it was difficult for the court to come to a decided opinion. A poor man named Molinelli came to Montreal and made the acquaintance of Donegani, who advanced him money from time to time in small sums. Molinelli was a skilful mechanic and made some repairs for him. In 1865, a provincial exhibition was to take place. At this time Molinelli was trying to work himself into notice in Montreal and Donegani was cooperating with him. They conferred about the approaching exhibition, and Donegani suggested that it would be a good idea for Molinelli to exhibit a piece of furniture. Molinelli acquiesced in this proposal and setting to work, made a sideboard nine feet high, an article of great beauty and perfection, but an unusual piece of furniture in size. Very few men would like to have such an extraordinary piece of furniture in their houses; but to have it in a small house as Donegani's would be insanity. Molinelli went on with his work and Donegani came to inspect it from time to time, and also furnished the old velvet used in the making of it. The sideboard was exhibited and subsequently taken back to his shop. Donegani now began to be pressing about the money he had advanced, whereupon Molinelli said, here is the sideboard I made for you, worth $700, which will more than pay you, you had better take it. This was in the early part of november and, on the 17th of november, Molinelli protested Donegani and his wife who was separated as to property. He sent a notary and said this sideboard had been ready a long time; you had better take it. Donegani seemed to have been very much astonished at this and, on the 27th, brought the present action for the moneys advanced. The plea was that the sideboard was made for Plaintiff and was worth more than Plaintiff claimed. There was a good deal of difficulty about the evidence. The first question was a question of law. Defendant had no writing amounting to a *commencement de preuve par écrit.* It was contended that there was a commencement of proof in the answers of Donegani. His Honour had examined them carefully, but did not

find anything. Defendant urged that it required very little to constitute a *commencement de preuve*—evasive answers, etc.; but Donegani's evidence did not in any part disclose sufficient to enable His Honour to say that there was a *commencement de preuve.* As to what constituted a commencement of proof a good deal was left to the discretion of the court, and would depend upon the circumstances of the case. This was a commercial case and, in these cases, we were obliged to have recourse to the rules of evidence laid down by the laws of England. Now, under the english law and the Statute of Frauds, Plaintiff had argued that this evidence was not admissible. It was contended by Defendant that the order could be proved by parol evidence, but on referring to the 539th page of the C. S. L. C., chap. 66, sec. 8, it would be observed that the provisions of the english act were extended in Lower-Canada to contracts for goods to the value of $48.66⅔ and upwards, " notwithstanding the goods are intended to be delivered at some future time, or are not at the time of such contract actually made procured or provided, or fit or ready for delivery or some act is requisite for the making or completing thereof, or rendering the same fit for delivery." This act was based upon the jurisprudence in England and the words of this clause clearly met the present case. The prohibition applied to the order as well as to the sale and delivery and, therefore, it was not in the power of Defendant to produce parol evidence either of of the order or the sale, or the delivery ; therefore the motion to reject this evidence must be granted. But for the satisfaction of Defendant the court might go further and examine this testimony. What did it amount to ? In the first place his Honour had already adverted to the extreme improbability of any man ordering such a piece of furniture. It was possible that Donegani might be such a peculiar or extraordinary man as to order an expensive piece of furniture and then say he did not order it ; but, unless he was mad, he could not have ordered such a sideboard as this. It was too big to go into his room. Further, was it probable, if he had ordered this sideboard, that it would have been taken from the exhibition back to Defendant's shop ? It was strange also that Defendant would allow such a length of time to elapse without calling upon Plaintiff to take it. There was another circumstance to be mentioned : On the 17th november, when Defendant tendered the sideboard to Donegani, it was not in his possession, but was at the Jesuit's College. He had previously sold it to one Lamontagne. But it was said this was only a transfer by way of pledge to secure advances made to Molinelli who was to make pews there. There was a regular bill of sale, however, so that at the very time that Molinelli tendered the

sideboard to Plaintiff, it was in the possession of another man. Then after the contract for the pews was completed, the sale to Lamontagne was resiliated and the sideboard was taken back to Defendant's store. This, on the other hand, would justify the court in thinking there could not have been a sale. Further, one Olivier Berthelet was taken one day to Molinelli's shop by Donegani himself and there he was told in the presence of Molinelli, look at this beautiful sideboard I am getting made for myself. This evidence, however, was illegal and, considering that Molinelli failed to tender the article before the 17th november and that he had previously transferred it to another man, and taking both the evidence and the law of the case, the court was upon the whole reluctantly compelled to say that the plea of Defendant must be rejected and Plaintiff's action maintained.

L'Intimé inscrivit en Revision et, le 28 avril, 1868, ce jugement fut infirmé par les Honorables Juges Mondelet et Berthelot, Son Honneur le Juge Monk *dissentiens.* C'est de ce dernier jugement dont l'Appelant se plaint en Cour du Banc de la Reine. Toute la question est donc de savoir si le statut des fraudes est applicable à la présente cause. L'Intimé avait prétendu en Cour Inférieure que le statut des fraudes n'était pas applicable au contrat intervenu entre l'Appelant et lui, attendu que ce n'était point une vente, mais bien un louage d'ouvrages ; que, si d'un côté il y avait vente des matériaux qui avaient servi à la confection du buffet en question, d'un autre côté il y avait aussi louage de son travail et de son industrie. Que le contrat avait été fait pour un objet particulier et en dehors des affaires ordinaires de son commerce. Mais qu'en supposant que l'on pût dire que la preuve de ce contrat dût être soumise aux dispositions du statut des fraudes, il avait un commencement de preuve par écrit suffisant pour lui permettre de faire la preuve testimoniale de la commande du buffet en question. Ce commencement de preuve, l'Intimé le trouvait dans les aveux de Donegani qui, après avoir nié la commande de ce meuble, finit par admettre qu'*il savait que Molinelli le faisait pour lui, mais qu'il avait toujours cru que c'était un cadeau qu'il voulait lui faire.* La Cour d'Appel a confirmé le jugement de la Cour de Revision, mais sans égard à la prétention de l'Intimé quant au *commencement de la preuve par écrit*, déclarant que le statut des fraudes n'était pas applicable à la présente cause. Trois des Honorables Juges présents partageaient cette opinion, contre laquelle l'Honorable Juge Caron fit enregistrer son dissentiment, après avoir dit que l'Honorable Juge-en-Chef l'avait prié d'exprimer aussi le sien.

BADGLEY, J : The difference between the two judgments

arises out of the sideboard and the testimonial mode of proof required to support Molinelli's exception and his demand, which claimed the value of it. Donegani maintains that the transaction was a sale governed for its proof by the requirements of the Statute of Frauds, which allowed no action nor exception without a writing, whilst Molinelli avers that the transaction was not a sale and, therefore, not within the Statute. The contention rests upon this question chiefly. Donegani had already directed Molinelli to prepare a common sideboard for him, but at once abandoned that idea and suggested that he should build a showy one, fully ornemented, which he, Donegani, would take off his hands after the Exhibition. It is quite manifest that the sideboard in question would not have been put together, but for the Exhibition; that it was a show article for a special purpose; that it was put together at Donegani's suggestion, to be for him after the Exhibition; that it was not an ordinary article of goods for sale in Molinelli's workshop, or one which he would ordinarily have made; that it was not existing at the time when Donegani ordered it, and that it was the mere work and labour which were ordered and not the mere production. It was a show article to be built and not a sale article and, therefore, not within the Statute of Frauds. The authorities are very precise upon this point and lay down the distinction broadly between articles regularly manufactured by the vendor from time to time, and those which are to be manufactured to order from the materials in his possession. This is established by Roberts, in his Treatise on the Statute of Frauds. He says: "The Statute "does not apply if the contract is for the manufacture, work "and labor in producing the article. If the vendor has not the "article for sale in the ordinary course of business, that is, "not an ordinary article of traffic, the contract for its production shews the intention of the party to get it by skill and "labor, and another indication of such intention is, if the "article be of a peculiar kind or for peculiar use." 3 East, 203, as a suit of clothes, 12 M. and W. 33, Roberts, sec. 304, 308. In Smith *vs.* Surman, 9 Barnewall and Cresswell, 561, Littledale, Judge, lays it down as follows: "Another class of cases, "Tower and Usborne, 1 St., 506, Clayton and Andrews, 3 M. "and S., .78, Groves and Bush, 1 East, 192, is when the article "contracted for has not existed at the time of the contract, "but is to be produced by work and labour in the interval by "the vendor, as when the contract was for a quantity of oak "pines, which had not been made, but were to be cut off slabs, "or for a chariot to be built." In these cases the contract has been considered rather as a contract for work and labour than for the sale of goods, wares and merchandises, and not within

the Statute. So also in 5 B. and Ald., 613, cited by Roberts. So also in Lambe and Crafts, 12 Metcalf, 356. The contract is not within the Statute. The distinction we believe is now well understood. When a person stipulates for the future sale of articles which he is habitually making, and which at the time are not made or finished, it is essentially a contract of sale, and not a contract of labour; but otherwise when the article was made pursuant to the agreement. So also 21 Pickering, 207: "it is very clear that by this contract (in this case no "property passed to the Defendant) the carriage contemplated to be sold by the Plaintiff to the Defendant did not exist. "It was to be constructed from the materials partly rough "indeed, but not put together; it was therefore essentially an "agreement by Defendant with Plaintiff to build a carriage "for him, and on the Defendant's part to take it when finish- "and pay for it at an agreed or at the reasonable value. This "is a valid contract and made on good considerations and "therefore binding on the Defendant, but it is not a contract "of sale within the meaning of the Statute of Frauds and, "therefore, need not be proved by note in writing." When it is a contract of sale either of an article then existing, or of an article which the vendor usually has for sale in the course of his business, the Statute applies as well where the contract is to executed at a future time as where it is executed immediately. But when it is an agreement with a workman to put materials together, and construct an article for the employer, whether at an agreed price or not, though it may be called a purchase and sale of the article to be completed in future, it is not a sale until an actual or constructive delivery or acceptance, and the remedy for not accepting it, is on the agreement. See also Gardner & Joy, 9 Metcalf, 178. It is there said the difficulty arises, not so much from any uncertainty on the rule, as from the varied shades of contracts. If it is a contract to sell and deliver goods, whether they are then completed or not, it is within the Statute; but if it is a contract to make or deliver an article or quantity of goods, it is not within the Statute; See Spencer & Coxe, 1 Met., 283, Dove & Simpson, 21 Fish, 384, Saunders & Wakefield, Barnewall & Ald., 355. In this case the sideboard was perfected and built as directed and agreed with Donegani, and allowed by him to be sent to the Exhibition. Donegani was called by Molinelli to remove it as his own property. The contract was completed by Molinelli, and it is a principle of law that when a verbal contract is completely executed by one party, the consideration can be recovered from the other party notwithstanding the Statute of Frauds. The price or consideration was not of the essence of the contract, because it was uncertain at the time of the

contract, and was only fixed by the final production or completion of the article. The case has been treated so far, upon the applicability of the Statute of Frauds in controlling Molinelli's proof as to the sideboard. The authorities clearly show that the case is not within the Statute and, therefore, is to be governed by the common law rule of proof in commercial matters; and it is impossible to doubt that the sideboard was put together by the order of Donegani. He admits, in his own evidence and examination as Molinelli's witness, that his words might have been assumed to be an order, and that *he knew* Molinelli was making the sideboard for him, but he adds, *he thought it was to be a present, cadeau*, for him. The question of *commencement de preuve* does not come up in this commercial case; if it was required it would be difficult not to find its legal sufficiency in Donegani's own avowals as above, which are sufficient to allow the oral proof to be adduced. Bédarride, De la Fraude, 2e vol., Nos. 738, 739, 740. Under the circumstances of the case, the judgment of the Court of Review is correct and should be confirmed

LORANGER, J : Je ne puis me rallier à l'opinion du savant Juge qui considère que le statut des fraudes s'applique à la présente espèce. Donegani fait confectionner par Molinelli un buffet dont le prix est indéterminé, mais qui sera fixé à la valeur du meuble quand il sera terminé. Ce meuble devait être d'une valeur moindre que le prix auquel il a été évalué, mais eu égard à l'ornementation exigée par l'Appelant pendant le progrès de l'ouvrage, il a coûté une somme d'argent considérable. Suivant moi, le contrat originaire intervenu entre les parties à l'égard de la confection de ce buffet, n'a pas été un contrat pur et simple de vente. Molinelli n'a pas vendu purement et simplement à Donegani le buffet en question, pour un prix déterminé, ou à être déterminé plus tard. Ce fut un contrat mixte dans lequel la vente peut être entrée pour partie, mais dont le louage d'ouvrage et d'industrie forme un élément considérable. Par ce contrat, Molinelli a sans doute vendu à Donegani les matériaux nécessaires à la confection du meuble, mais il a aussi livré son travail et son industrie. Et la proportion entre la valeur de la matière et le prix du travail ne peut pas entrer en compte pour faire prédominer la vente sur le louage, suivant l'excédant de valeur de la matière sur le prix de l'ouvrage. Car cette valeur respective des deux éléments du contrat peut et doit varier suivant la nature de l'entreprise. Ici il est possible que la valeur des matériaux eût excédé le prix du travail. Mais le contraire peut arriver comme quand on fait la commande d'une statue en marbre à un sculpteur ou d'un tableau peint à l'huile à un peintre. Dans ces deux cas, nul doute que la valeur du travail ne soit supérieure à celle du

marbre, de la peinture et de la toile. Le contrat serait cependant le même que dans la cause actuelle. L'on ne peut donc prendre pour appréciation de la nature du contrat, la valeur proportionnelle de la matière et du travail. Ces contrats renferment incontestablement un louage d'ouvrage et d'industrie. Ce ne sont donc pas des ventes pures et simples, et ce sont ces ventes seules qui sont prohibées par le statut des fraudes, si elles ne sont constatées par écrit, suivies de livraison ou accompagnées d'arrhes. En considérant le contrat comme prohibé par le statut des fraudes, cette cause offrirait une singulière anomalie. Donegani a commandé un meuble d'une valeur indéterminée. Ce meuble pouvait coûter moins de dix louis sterling ou d'avantage. S'il n'eût coûté que £10, le contrat eût été bon, et il a conservé sa validité tant que le meuble n'a pas excédé cette valeur. Mais au moment qu'il a excédé ce chiffre, il est devenu invalide. De sorte que nous avons un contrat valable pendant un certain temps, et ensuite frappé d'invalidité, c'est-à-dire, des parties obligées d'abord, et ensuite déliées de leur engagement sans rupture de contrat. Cette physionomie particulière de la convention serait suffisante à elle seule, pour démontrer que ce ne sont pas des cas semblables que le statut a contemplés. D'ailleurs il faut prendre une société avec ses usages et ses mœurs particulières. Qui de nous a jamais pensé à faire des commandes par écrit chez les fournisseurs et les artisans; chez les marchands tailleurs par exemple. Si cependant la doctrine invoquée par l'Appelant prévalait, après avoir commandé un habillement, l'on serait libre de ne pas l'accepter, quand il serait confectionné, si la valeur en excédait £10, et que la commande n'eût pas été donnée par écrit, ou accompagnée d'arrhes. Si l'habillement coûte moins de £10, celui qui l'a fait faire, serait cependant obligé de le prendre sans arrhes. Et il en serait de meme de toutes les commandes d'ouvrages. Pour ma part, je ne puis convenir que le statut des fraudes ait été fait pour des cas semblables, qui sont pourtant strictement analogues à la présente espèce. L'on objecte que l'article 1235 de notre code applique le statut des fraudes au cas où, lors de la vente, l'article n'est pas encore propre à la livraison, c'est-à-dire pas encore confectionné. A mon sens, cette disposition ne s'applique encore qu'aux ventes pures et simples, comme quand le marchand qui trafique sur un article de commerce qu'il ne confectionne pas lui-même, le fait confectionner ou l'achète de l'ouvrier ou d'autres négociants pour le revendre. Encore une fois, c'est la vente verbale pure et simple qui est prohibée, l'opération seule qui, par sa nature, est commerciale. Je dois remarquer que cette interprétation du statut des fraudes a de nombreux précédents anglais, même sous l'acte de lord Tenderden qui a étendu le statut à ce que l'on appelle en

Angleterre, les *Executory contracts.* Bien que la question en soit une de stricte légalité, il ne peut être hors de propos de remarquer que l'équité de la cause est suivant moi toute du côté de l'Intimé, position qui ne peut que justifier l'interprétation favorable qui vient d'être faite du statut des fraudes. Le jugement de la Cour de Revision est confirmé, DUVAL, C.-J., et CARON, J., *dissidents.* (14 *J.*, p. 106, et 4 *L. C. L. J.*, p. 15.)

MOREAU, OUIMET, et LACOSTE, pour l'Appelant.

LORANGER et LORANGER, pour l'Intimé.

Autorités citées par l'Intimé : Bonnier 1, pp. 221, 239 ; Bédarride 2, pp. 98, 99, 100 ; Pigeau 1er, pp. 221, 230 ; Roscoe, p. 135 ; Taylor 2, p. 1492 ; Taylor 1, p. 602 ; Philipps 1, p. 372 (1).

EVIDENCE IN REBUTTAL

SUPERIOR COURT, Montreal, 26th april, 1869.

Coram BEAUDRY, A. J.

MORLAND *et al.* vs. TORRANCE.

Held: That evidence adduced by Plaintiffs in rebuttal, tending merely to strengthen and confirm their original case, is inadmissible and will be rejected. (2)

This was an action against a ship owner to recover the sum of $900, for damage alleged to have been caused to a quantity of iron belonging to Plaintiffs through improper stowage, while on the voyage from Liverpool to Montreal. The "Oneida" sailed from Liverpool in March, 1868, with a general cargo consisting in great part of iron and soda. The iron was in three lots, consigned to three different consignees, of whom Plaintiffs were one. The soda consisted of the kinds known as soda ash, sal soda, bi-carbonate of soda, and caustic soda : the three first being packed in casks and kegs, and the last in iron drums. The iron, being the heaviest article, was placed lowest in the hold,

(1) L'admission, faite par un Défendeur dans ses réponses à des interrogatoires sur faits et articles, qu'il a reçu la somme d'argent réclamée par l'action non à titre de prêt, mais en paiement d'une créance que lui devait le Demandeur, sans cependant plaider spécialement que cette somme lui était due, est un commencement de preuve par écrit suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale. (*Ford* vs. *Butler*, C. S., Montréal, 26 mars 1862, SMITH, J., 10 *R. J. R. Q.*, p. 232.)

La réponse d'une partie, ou son refus de répondre, à des interrogatoires sur faits et articles, équivaut, dans les causes commerciales, à l'écrit exigé par le Statut des Fraudes. (*Levey* et *Sponza*, C. B. R., Québec, 14 juin 1858, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., CARON, J., et DUVAL, J., confirmant le jugement de C. S., Québec, 9 janvier 1858, MORIN, J., 10 *R. J. R. Q.*, p. 25.)

(2) V. art. 298 C. P. C.

Plaintiff's lot being underneath, and the two other lots immediately above. On the upper lot of iron, casks and kegs of soda and crates of earthenware were stowed. On unloading the vessel, the cargo was found to be in good order until Plaintiffs' lot was reached, a part of which was found to be in a damaged condition. A survey was thereupon held by the Port Warden, which was attended on behalf of Plaintiffs by Ireland and Bellhouse, and on behalf of Defendant by the Harbour Master and Dr. Edwards, chemist. The report made by the Port Warden, and concurred in by the Harbor Master and Edwards, stated that "after close examination we found the " cargo well stowed and dunnaged, and that the damage done " to the iron has been caused by salt water, the presence of " sal soda in our opinion not adding anything to the injury of " said iron. The Plaintiffs not being satisfied with this result, on the 2nd September following, instituted the present action. The principal allegation of their declaration was that " Defen- " dant did not safely carry and convey the said iron in and " on board of the said ship, but so negligently and impro- " perly stowed the same that a large quantity of carbonate of " soda or other similar chemical substance came in contact " with said iron and corroded, crusted and damaged the iron " and rendered the same unmerchantable, the whole through " the fault and negligence of Defendant, his agents and ser- " vants, and not by the dangers or accidents of the sea and " navigation referred to and excepted in the bill of leading." To this Defendant pleaded in substance that the damage complained of was caused by salt water forced into the vessel by stress of weather during the voyage ; that the cargo was well and properly stowed and all necessary care and precautions taken, but that carbonate of soda or sal soda " was to a slight " extent dissolved by salt water, and to some extent discolour- " ed portions of said iron, but nothing was thereby added to " the injury occasioned to the iron by salt water, and the salt " water forced into the vessel by the stress of weather was the " cause, and the sole cause of the damage thereto, being a " cause within the exception so contained in the bill of lad- " ing." The Plaintiffs having examined a number of witnesses closed their *Enquête* without reserve. The Defendant also examined witnesses in support of his defense. After closing of Defendant's *enquête*, Plaintiff brought up two witnessesin rebuttal named Manson and Harte. The following objection was taken to their evidence : " The Defendant objects to all " evidence tending to prove damage to Plaintiffs' iron from " soda, or tending to prove a property or effect of soda to " damage iron in any manner whatever, or to depreciate its " value, inasmuch as such evidence is not legally admissible

"as evidence in rebuttal, and inasmuch as Plaintiffs have "already adduced evidence in support of their pretensions on "these points in their *Enquête*-in-chief, and closed their *En-* "*quête* without reserve."

LUNN, for Defendant, moved that the objections taken at *Enquête* be maintained, and that the evidence of Manson and Hart be rejected. The Plaintiffs' action was based on the allegation that soda was the cause of damage, and that the soda came in contact with the iron through improper stowage. The Defendant, on his part, denied Plaintiffs' allegations in regard to soda and bad stowage, and alleged that salt water was the cause of damage. As regards the question of soda, therefore, the defence was purely negative, while as regards that of salt water, it was affirmative. It was necessary for Plaintiffs, in order to support their action, to shew that soda was the real cause of damage, for this formed the very gist and ground of their claim; and to do this, it was of course necessary to shew that soda had the power of damaging iron. On both these points (which cannot indeed well be separated, as the one is implied in the other), evidence had been adduced. C. C. Snowdon said: "The damage was in my opinion done by the presence of soda." My opinion is that the soda or other chemical "would attract sufficient moisture from the atmosphere to cause it to corrode the iron." H. W. Ireland said: "The damage to the iron in question was in my opinion caused mainly "by the damp air in the vessel and the soda mixing with it, "which causes injury to all descriptions of iron." Other citations might be made to the same effect; in fact almost all the evidence adduced on behalf of Plaintiffs, with the exception of that of Bellhouse, had for its object to show that no salt water had touched the iron, and that the damage was entirely caused by soda, and that soda therefore necessarily possessed the power of producing the rust or corrosion by which the iron was affected. The evidence adduced on the part of Defendant was designed to meet Plaintiffs' case as proved, and also to support the allegations of the defence. It was therefore, like the plea, partly negative and partly affirmative: that is, the witnesses state, 1st, that the damage was in their opinion caused by salt water. 2nd, that the soda found on parts of the iron did not add to the damage; and in proof of this, two scientific chemists were examined who state as a fact well known in chemistry and verified by experiment that soda does not possess the property of rusting or corroding iron. Their evidence is corroborated by that of hardware merchants and stevedores, who give the results of their own practical experience leading them to the same conclusion. It will be seen from the foregoing statement that on the ques-

tion of soda as a cause of damage, the evidence of Defendant's witnesses is merely counter-evidence; on the question of salt water, it tends to establish a new or affirmative fact. This affirmative evidence might have been properly answered by evidence in rebuttal tending to prove that salt water had not the property of rusting or corroding iron, if such proof were possible; but no evidence can be adduced in rebuttal to prove that soda was the cause of damage, or that it has the property of rusting, or corroding iron, or depreciating its value. This would be simply to add to and strengthen the proof already made by Plaintiffs in their *Enquête*-in-chief. It would be manifestly unfair to the Defendant who had closed his case believing he had adduced sufficient evidence to meet the Plaintiffs' case as proved. As to the argument that Plaintiffs have a right to rebut the scientific testimony adduced by Defendant, this is not the ground on which the question can be argued. The allegation on which their action rests is that soda coming into contact with the iron, through improper stowage, was the cause of damage. Unless therefore, they could prove this allegation, their action must fail; but how could they prove it without shewing that soda had the power of damaging the iron in the manner described? This surely is too self-evident a proposition to require any argument. On what ground, then, can they claim the right of proving over again their original case under pretence of rebutting the scientific evidence of Defendant's witnesses? If Manson and Harte had been examined during Plaintiffs' *Enquête*-in-chief, as they ought to have been, Defendant would have had an opportunity of shewing by practical as well as scientific testimony the errors and mis-statements into which they had fallen; but by keeping them back until Defendant's *Enquête* was closed, it was probably hoped that their crude theories would avail to overthrow the best-established facts of science and the surest results of experience. The rule of law on the subject is to be found in Chitty, Gen. Pract., V. 3, p. 908: "In all cases, "after the speech and evidence of the Defendant's counsel "and before a Plaintiff's counsel replies, he may produce "evidence to disprove any part of the defence set up by the "Defendant, but not evidence merely to strengthen or con-"firm the Plaintiff's original case." The rule of the French law is the same, allowance being made for the difference of procedure. Under their system all the facts to be proved on each side must be defined or *articulated* beforehand, and allowed by the judge, and no evidence can be adduced in proof of any other facts, unless they are *negative* facts. Thus the Defendant will be allowed by a *contre-Enquête* to prove facts, not previously articulated, tending to contradict or dis-

prove the Plaintiff's case, but he will not be allowed to prove any new *affirmative* facts. So the Plaintiff is entitled to a *contre-Enquête* to contradict or rebut the *affirmative* evidence adduced on the part of the Defendant, but not to contradict the merely *negative* evidence adduced to disprove or contradict the Plaintiff's own proof. (*Bonnin, Proced. civ.*, p. 222 No. 256; *Bonnier, Preuves, tom.* 1, p. 331, *in fine.*) The Court will see, on reading the depositions of Manson and Harte, that their evidence tends merely to contradict the *negative* fact proved by the Defendant that soda has not the power of rusting or corroding iron. The converse or *affirmative* of this fact it was incumbent on the Plaintiffs to have proved, if such proof were possible, in their *Enquete*-in-chief. To adduce evidence of this kind now would be simply to "strengthen and confirm their original case." It is submitted that on no principle of law or of justice and fairness between the parties can such evidence be considered admissible at this stage of the case.

ROSE, *contra*, contended that scientific evidence from the mouths of professedly scientific men had been brought into the record by Defendant for the first time. Plaintiffs could not possibly have foreseen that Defendant was going to adduce such evidence and, until adduced, it would have been manifestly absurd to combat a shadow by dragging scientific men into their case to disprove assertions and opinions not yet uttered. That it was quite competent for Plaintiffs to rebut or contradict the evidence of these scientific men, Defendant's witnesses, by proving through other men of science that Defendant's witnesses were in fact not *experts* at all, the opinions expressed by them as to the properties of soda being totally erroneous; that this strong expression of opinion moreover was affirmative evidence, and as such could be rebutted.

LUNN, in reply, said Plaintiffs were fully aware that scientific evidence would be adduced in the case, for Dr. Edwards attended the survey, as a chemist, for the purpose of giving his opinion as to the cause of damage and signed the report. The opinion then arrived at by him was that the damage was caused by salt water, and that the soda had no effect in increasing the damage. The Plaintiffs' pretension was that the damage was caused by soda, and it was therefore absolutely incumbent on them to prove that soda had the power of rusting or corroding iron. They had in fact endeavoured to do so by bringing up as witnesses, hardware merchants, who knew nothing about chemistry, or the effect of soda on iron. The question was one to be determined not by ignorant men, but by men possessing a knowledge of the subject on which they were talking. The evidence of scientific witnesses, therefore,

was most proper to be adduced, and under the circumstances of the case could hardly be dispensed with. If the Plaintiffs could have found any scientific man prepared to support their pretensions and to endorse the statements made by their witnesses, he ought to have been forthcoming at the proper time; but to bring forward as witnesses in rebuttal two men like Manson and Hart, mere druggists and tradesmen, not chemists, is an attempt to embarrass and mislead the judgment of the court, and to throw an air of uncertainty about the case by the number and variety of opinions expressed. As to the distinction between negative and affirmative facts, it is well pointed out in the French authorities already cited. The Defendant denies that the iron was corroded or damaged by soda, and in support of his denial he proves that soda does not have the effect of corroding or damaging iron,—what better could be given of a negative fact or negative evidence than this ?

BEAUDRY, A.-J., in rendering judgment, said : I have examined the pleadings and evidence, and am of opinion that the evidence of Manson and Hart is inadmissible as evidence in rebuttal ; it merely tends to strengthen and confirm the evidence already adduced by Plaintiffs in the *enquête*-in-chief. Motion granted and evidence rejected. (13 *J.*, p. 197).

RITCHIE, MORRIS and ROSE, for Plaintiffs.

CROSS and LUNN, for Defendant.

MOTION TO REJECT EVIDENCE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 18th September, 1869.

Coram MACKAY, J.

MILLER *vs.* DARLING *et al.*

Held : That a motion to reject evidence taken at *enquête* under reserve of objections, cannot be made till the final hearing of the cause.

A motion was made in term by Plaintiff to reject certain evidence taken under reserve of objection. The Plaintiff's counsel referred to a decision of Mr. Justice BEAUDRY, in *Morland* vs. *Torrance*, *suprà* p. 223, in support of his pretension that the motion was properly made before the final hearing of the cause.

MACKAY, J.: This case comes before me on a motion of Plaintiff to reject portions of certain depositions taken at *enquête* under reserve of objections. While certain witnesses were under examination, the Plaintiff's counsel objected to questions put by the counsel for the Defendants, and the

objections were reserved by the judge presiding at *enquête*. I am now asked to pronounce upon these objections, the Defendants' *enquête* not being yet closed. I have consulted my brother judges on the subject, and we are of opinion that where a judge reserves objections at *enquête*, it is for the court to pass upon the questions raised at the final hearing of the case. This motion is, therefore, premature and must be dismissed. Motion rejected. (14 *J.*, p. 111).

RITCHIE, MORRIS and ROSE, for the Plaintiff.

J. J. C. ABBOTT, Q. C for the Defendants.

INTERVENTION.—PROCEDURE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30th octobre 1869.

Coram TORRANCE, J.

COATES *et al. vs.* THE GLEN BRICK COMPANY, *and* WELSH, Intervening party.

Held: That an intervention may, in the discretion of the court, be allowed, without being supported by affidavit.

TORRANCE, J.: William Welsh made an application to Mr. Justice MACKAY in Chambers, to be permitted to file an intervention. This was granted. A motion is now made by Plaintiffs to reject the intervention on the ground that it is not supported by affidavit. There is nothing in the law requiring affidavits in support of interventions; they are sometimes made, but it appears to be a matter in the discretion of the court whether they shall be required. For my own part, I would prefer to see an affidavit before allowing an intervention, but it is not the practice of the court to insist on them, and seeing that the intervention has already been allowed by a Judge, I will not reject it because no affidavit has been produced. Motion rejected. (14 *J.*, p. 112.)

CARTER and HATTON, for the Plaintiffs.

PERKINS and RAMSAY, for the intervening party.

COMPAGNIE INCORPOREE.—BILLET PROMISSOIRE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 novembre 1870.

Présent : BEAUDRY, J.

COATES *vs.* THE GLEN BRICK CO., *et* WELSH, Intervenant.

Jugé : 1° Que les compagnies incorporées sous l'acte de la législature de Québec, 31 Vict. ch. 25, n'ont pas le pouvoir d'émettre des billets promissoires, à moins que ce pouvoir ne soit formellement donné par les règlements de la Compagnie ; 2° que, dans l'espèce, les règlements étant que " the directors shall have the management of the affairs of the company " (sect. IX) et que " the president and secretary shall have power to draw *chèques, to sign deeds, stock certificates, all contracts authorized by the board of directors* and all matters and documents of special import," et n'étant pas prouvé que les billets en question avaient été autorisés de manière à être placés dans la catégorie de *contracts authorized by the board of directors*, ils ne pouvaient lier la compagnie. (2 *R. L.*, p. 625.)

COMPAGNIE INCORPOREE.—FRAUDE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 novembre 1870.

Présent : BEAUDRY, J.

THE GLEN BRICK CO. *vs.* SHACKWELL ; SHACKWELL *vs.* THE GLEN BRICK CO.

Jugé : Que des souscriptions à un fonds social ou stock, obtenues par surprise, fraude, et par de faux états des affaires de la compagnie faits par ses officiers et ses directeurs, sont nulles et ne produisent aucune obligation. Les actionnaires ainsi trompés peuvent même recouvrer ce qu'ils ont payé à compte de leurs parts. (2 *R. L.*, p. 625.)

SHERIF.—DEPENS.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 octobre 1869.

Coram MACKAY, J.

BEAUDRY *vs.* RAYMOND.

Jugé : Que par suite d'une erreur cléricale commise dans une saisie immobilière faite par le shérif, la requête en nullité de decret présentée de la part du saisi est maintenue avec dépens contre le shérif. (1)

(1) Art. 714 C. P. C.

Le Demandeur fit saisir et vendre par décret les immeubles de la Défenderesse dans le district d'Arthabaska pour la satisfaction du jugement rendu contre elle devant la Cour de Circuit. Le 17 septembre 1869, la Défenderesse Marie-Louise Raymond présenta à la Cour Supérieure, à Montréal, une requête en nullité de décret pour faire casser la vente de ses biens immeubles vendus par le shérif du district d'Arthabaska, le 15 octobre 1868, à la poursuite du Demandeur. Entr'autres moyens de nullité, elle alléguait par sa requête ce qui suit : " Que ladite saisie a été faite illégalement en vertu d'un jugement qui n'existe pas, en autant que le *procès-verbal* de saisie mentionne que la saisie est faite en exécution d'un jugement en date du 31 mars 1868, tandis que le jugement en cette cause a été rendu le six avril 1868." Toutes les parties intéressées au décret ayant été dûment notifiées et ayant fait défaut, le jugement de la cour a maintenu les conclusions de la requête sur le motif special ci-dessus exposé par la Défenderesse en sa requête et lui a accordé ses frais en nullité de décret contre le shérif. Décret annulé avec dépens contre le shérif. (14 *J.*, p. 112.)

D. D. BONDY, avocat de la Défenderesse.

PROTET D'UN BILLET PROMISSOIRE.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 25 Avril 1865.

Présent : STUART, Juge.

WATTERS, Demandeur, *vs.* REIFFENSTEIN *et al.*, Défendeurs.

Jugé : Que le seul fait de se présenter à la porte d'une banque, lorsque cette banque est fermée, après ses heures ordinaires de bureau, n'est pas une présentation suffisante pour payement d'un billet promissoire telle que voulue lors du protêt. (1)

L'action était intentée par le Demandeur, pour le recouvrement du montant d'un billet promissoire, contre le faiseur et l'endosseur. Le billet était payable à la banque de l'Amérique Britannique du Nord, le 3 juin, 1865, et, ce jour étant un samedi, la banque fut fermée, suivant l'habitude, à deux heures. Le notaire, allant présenter le billet pour paiement, trouva la banque fermée et protesta le billet, constatant le refus de paiement, en disant qu'on lui avait refusé l'entrée de la banque. Les Défendeurs plaidèrent qu'il n'y avait pas eu de présentation pour paiement, dans l'après-midi du troisième jour de grâce, et que le protêt n'avait pas été fait dans le temps voulu par la loi.

(1) V. sec. 45 du S. du C. de 1890, 53 V., ch. 33.

STUART, Juge : L'action doit être renvoyée avec dépens, car le notaire devait savoir que c'est un usage dans toutes les banques de ne s'occuper des protêts de billets et de lettres d'échange qu'après que l'heure des affaires ordinaires de la banque est passée. Cette coutume est introduite dans un but d'utilité publique et afin de ne pas retarder la marche des affaires ordinaires des banques. C'est pourquoi le seul fait de trouver la porte fermée ne peut pas être considéré comme une présentation suffisante du billet pour paiement, et ne peut pas servir de base à un protêt. (16 *D. T. B. C.*, p. 297.)

ANDREWS & ANDREWS, pour le Demandeur.

HEARN, pour les Défendeurs.

PROCEDURE.—CONTESTATION DE DECLARATION DE TIERS-SAISI.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 25 Avril 1866.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

NORDHEIMER *et al.*, Demandeurs, *vs.* ROY, Défendeur, *et* LEMELIN, Tiers-Saisi.

Jugé : Qu'un Demandeur ne peut, dans sa contestation de la déclaration d'un tiers-saisi, alléguer à la fois qu'il est propriétaire de certains effets possédés par le tiers-saisi, et conclure à ce que ces mêmes effets soient vendus en satisfaction d'un jugement obtenu contre le Défendeur.

Les Demandeurs, ayant obtenu contre le Défendeur jugement pour £18 15 6, émanèrent une saisie-arrêt après jugement entre les mains de George Lemelin, gendre du Défendeur, et chez qui celui-ci résidait. Le tiers-saisi produit une déclaration, disant qu'il ne possédait rien des effets du Défendeur. Les Demandeurs contestèrent cette déclaration comme frauduleuse, disant que le tiers-saisi avait en sa possession et tenait du Défendeur un piano-forte, loué par les Demandeurs au Défendeur, et dont ils étaient encore les propriétaires. " La Cour, considérant que les Demandeurs allèguent, dans leur contestation de la déclaration du tiers-saisi, que le piano-forte en question n'a pas cessé d'être leur propriété, et que le Défendeur ne le détient qu'à titre de louage ; la Cour maintient la réponse en droit du tiers-saisi à la contestation de sa déclation par les Demandeurs, et renvoie la contestation. (16 *D. T. B. C.*, p. 298.)

LÉGARÉ, pour les Demandeurs.

MIVILLE DECHENE, pour le tiers-saisi.

PROCES PAR JURY.—PROCEDURE.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 14 avril 1866.

Présent: TASCHEREAU, Juge.

GLASS, Demandeur, *vs.* DENISS *et al.*, Défendeur.

Jugé: Que le dépôt exigé par la 65e règle de pratique ne doit se faire que simultanément avec la motion pour *venire facias*, et que cette dernière motion ne se peut faire qu'après la définition des faits à être soumis au jury. (1)

Le Défendeur avait, par son plaidoyer, fait choix d'un procès par jury. Un mois après cette option, le Demandeur fit motion, attendu que le Défendeur avait négligé de déposer entre les mains du protonotaire, en même temps que la déclaration de son choix d'un procès par jury, la somme d'argent requise par la loi, que cette déclaration de choix d'un procès par jury fût annulée et déclarée sans effet. Le jugement suivant fut rendu: " La cour, considérant que le dépôt de la somme de £5 6 8, exigé par la règle 65e des règles de pratique de cette cour, ne doit se faire que simultanément avec la motion pour *venire facias*, et que cette dernière motion ne se peut faire qu'après la définition des faits à être soumis au jury; considérant que dans la présente cause, les faits dont le jury devra s'enquérir (si toutefois il y a lieu à un procès par jury) n'ont pas encore été déterminés ni définis conformément à la loi, et qu'en autant la motion du Demandeur tendant à demander que le Défendeur soit déclaré déchu de son droit à un procès par jury, est prématurément faite, la cour renvoie ladite motion quant à présent. (16 *D. T. B. C.*, p. 299).

LANGLOIS, pour le Demandeur.

ANDREWS and ANDREWS, pour les Défendeurs.

(1) V. art. 365 C. P. C.

ACTION EN DOMMAGES POUR POURSUITE MALICIEUSE.—PREUVE.

QUEEN'S BENCH, IN APPEAL, Québec, 19 décembre 1867.

Before DUVAL, Chief Justice, CARON, DRUMMOND and BADGLEY, Justices.

DENISS, Appellant, *and* GLASS, Respondent.

Jugé : dans une action en dommage pour avoir fait émettre injustement une saisie-arrêt simple, qu'il incombe à la partie qui a eu recours à un pareil remède, de démontrer qu'elle a agi sur des indices et informations suffisantes, à défaut de quoi la malice se présume et la rend responsable des dommages résultant de son acte. (1)

Action of damages by Appellant against Respondent for the issuing of a writ of *arrêt simple*, under the following circumstances : The Respondent, being the holder of the protested promissory note of Deniss and Clearihue (of which firm Appellant was a member), payable to Langlois and Glass, and by the latter endorsed to Respondent, sued Deniss and Clearihue upon it. To that action, Clearihue made default ; but Appellant pleaded that Langlois and Glass had promised to grant a three months' renewal of the note ; that John Glass had not given value therefor and was a mere *prête-nom* of Langlois and Glass ; and that the parties really interested were Langlois and Glass ; and he concluded for a jury trial. John Glass, the Respondent, was not a member of the firm of Langlois and Glass, which was composed of John Langlois and Henry Glass. On the 18th April, 1866, Respondent sued out the writ of *arrêt simple* complained of. The Appellant immediately afterwards instituted his action of damages against the Respondent, and averred that the Respondent had no just or sufficient cause for resorting to that process, and that, in so doing, he had been by Appellant, previous to the making of the necessary affidavit, notified and warned not to the resort to such a measure as a means of enforcing payment of his demand, and that he had caused the writ of attachment to be issued, although the fact that there was no real ground for believing that Appellant was then about to make away with any part of his estate with a fraudulent intent, might by Respondent, with a little enquiry, have been easily ascertained and, although it was publicly known that Appellant, at the time, was possessed of a stock in trade and other moveable effects of a value far exceeding the amount of all debts due by him. The Appellant further averred that the affidavit

(1) V. art. 1053 et 1203 C. C.

complained of was false, that Respondent had never been credibly informed, nor had he any sufficient reason to believe in the truth of the allegations of fact set forth in his affidavit. The Appellant also alleged that, by reason of the making of the said affidavit and issuing of the process of attachment, and the seizure made thereunder, he had been injured in his character, that his credit and business reputation had suffered, and he concluded for $1000 damages. The judgment of the Superior Court (STUART, J.) was as follows: "The Court, considering that the conduct of Plaintiff, with the information "conveyed to Defendant, was such as to constitute a reasonable and probable cause for believing that Plaintiff was about "to secrete his estate, debts and effects; considering, moreover, that there was no malice in Defendant in the adoption "of the remedy he resorted to, doth dismiss the present action with costs; but in justice to Plaintiff's character the "Court thinks it fitting to record its conviction that Plaintiff "was guilty of no act of fraud towards Defendant."

ANDREWS, Q. C., for Appellant: The Court below decides and the evidence establishes that Appellant meditated no fraudulent act; but, it is said there was no malice in the adoption of the remedy resorted to by Respondent. Now, malice in legal phraseology has not the same signification as it has in vulgar acceptation; it is not a desire of revenge or a settled anger against a person, but, in its legal sense, it means the doing any injurious act without just cause. (1) A wrongful act purposely done is malicious in law, and although there might be no desire to injure, yet Defendant is held to repair the injury; the law everywhere makes a party liable in damages for his wrongful acts, whether they are instigated by malice or not; under every system of laws, a liability exists as the consequence of a wrongful act, that is, an act done intentionally without just cause or excuse, for the simple reason that he is in fault, and by that fault has caused damage to another: if he is blamable he must be answerable. The Appellant contends that Respondent did act with malice. With a view to obtain the more speedy payment of the money for which he had sued than the ordinary proceedings of the court afforded him, he resorted to threats of applying for its extraordinary process, if his demand were not acquiesced in by the following morning. Then, being remonstrated with and finding his threats unavailing, he took the oath that he had been credibly informed Appellant was about to secrete his estate, debts and effects, with intent to defraud his creditors, and of that he not only made no proof, but he made it clear that he

(1) Hilliard, *on Torts*, vol. 1, p. 446.

never was so informed. He examined his own brother, who is more interested to get rid of Appellant's action than Respondent himself, for he admits on his examination that he intends to pay the amount of any condemnation that may be given in this cause, and what was the information given to Respondent, simply this, that Appellant was in treaty to sell his fixtures, lease and stock to one Bertrand, and was going to establish business in the Lower Town of Quebec with his own brother. When Respondent threatened a seizure he was met face to face by Appellant and his notary, and then remonstrated with, was informed of the value of Appellant's stock in trade, and his ability to pay all his debts. The Respondent's witnesses produced to establish that Appellant's credit at the time of the seizure was not good, declare that they mean commercially speaking, and they admit that he was never suspected of any dishonest practices; they merely allude to his having been in difficulties and having compounded with his creditors, and in fact show that, though Appellant had once compounded with his creditors, he had faithfully paid his composition and was regaining a good position. It was proved that, at the time of the making of the affidavit, Appellant had his usual stock in trade, and that it exceeded $1,600 in value, that he was receiving stock up to the period of the seizure, that he had not made away with anything nor was there any indication of his being about to do so, that he had not made any preparation or plans to that effect, and that his stock had not diminished. Such being the case, it may fairly be questioned whether any mere false reports could justify Respondent, whatever effect they might have in mitigation of damages. But Appellant submits that Respondent never could have believed in the truth of that to which he swore, but permitted himself to make the affidavit complained of, because of Appellant's resistance and opposition to the suit brought against him; that it was for that reason, and with a view to enforce a more speedy payment of the sum for which he had brought his action, that he caused the process of attachment to issue.

Langlois, C. R., for Respondent: It is clearly proved that the plea fyled in the case of Glass and Deniss was entirely without foundation; that Appellant was not in good credit, having become insolvent in the month of June 1865, and compounded with his creditors; and that Clearihue, whose presence in the firm had slightly improved its credit, dissolved partnership with the Appellant in January, 1866. Already aware of these facts, information was given to the Respondent by his brother, Henry Glass, that Appellant was in treaty to sell or had sold his lease, stock and fixtures to Bertrand,

and was about removing to the Lower Town, to go into partnership with his brother Peter Deniss, who was at that time notoriously insolvent. C. H. Andrews, notary, Appellant's witness, states that a short time before the seizure he heard rumours of this projected partnership between the brothers Deniss, that Appellant was then removing to another shop, and had sold his shop fixtures for cash to Bertrand & Stevenson; that Appellant then refused to tell to what part of the town he intended to remove, and made a mystery of it to Bertrand & Stevenson, but that he, Andrews, being in Deniss' confidence, was then aware that he was not moving to the Lower Town, but to a shop a few doors from his then place of business. The Appellant also stated to him that he would delay the Respondent's suit (the action on the promissory note) " as long as he could." W. F. Larglois says: " I never questioned him (Appellant), touching his business. Sometime in the winter, or towards last spring, the Plaintiff told me he was about making a change in his business; that is, that he was thinking of taking a place of business in the Lower Town. The last time he told me this, was about the middle of April last." J. B. Bertrand says that in March 1866, he was in treaty with Appellant for the purchase of his lease and shop fixtures, and that their bargain was not concluded at the time of the issuing of the *arrêt simple.* He gave Appellant a promissory note for six months' rent in advance, and also a promissory note for the fixtures. " Il nous a dit que s'il nous louait sa maison, il s'en irait résider à la Basse-Ville de Québec." The day before the issuing of the attachment, Respondent sent his clerk to Appellant, warning him that a seizure was about to be taken out against him, unless the amount of the promissory note was paid the next day; and, in fact, Appellant, in company with C. H. Andrews, had an interview with the Respondent on the morning of the 18th of April, before the *saisie*, of which Andrews says: " Deniss told Glass that " he had heard he was to take a seizure against him, not to " do so, as he had money sufficient to pay his claim, besides " his stock and effects." And, on the cross-examination, he adds: " At the interview between the Plaintiff and Defendant, " of which I have spoken, Defendant said that he wanted his " money then or never. I think that was in reply to the present Plaintiff's request for delay, or else it was that the present Plaintiff said he would pay the note when he would be " compelled by the Court to do so. He has stated to me that " he would delay the Defendant's suit against him as long as " he could." Appellant appear to have refused to make any explanation to his creditor of the reason of his unwillingness or inhability to pay this note. The Respondent, after consult-

ing with his attorney as to the propriety of the step, caused the *arrêt simple* to issue. Immediately on arriving at Appellant's shop with the writ, Appellant paid the sheriff's officer the amount of the action and costs. Soulard, the bailiff, says: "J'avais pris le nom de quelques effets. Le Défendeur est sorti et est revenu ensuite pour me payer, et il m'a dit de finir la saisie. (You must make your seizure). Personne n'entra au magasin pendant que j'ai saisi." The conduct of Appellant towards his creditor; his palpably frivolous defence to an action for a just debt; his unsolicited statements respecting his business put forth, for the purpose of deceiving, at all events some one; and the studied secrecy of his transactions with Bertrand and Stevenson, were such as to awaken the gravest suspicion; and coupled with the information furnished to the Respondent, and the defiant manner of Appellant at their last interview, could leave no room for doubt. His very last act, that of calling upon the baillift to seize when he was already paid, shews but eagerness to manufacture a grievance. The Respondent relies upon the following authorities: 1 Taylor, *on Evidence*, p. 122; 1 Greenleaf, *on Evidence*, p. 104, § 78; 2 Greenleaf, *on Evidence*, p. 451, § 424. Probable cause does not depend upon the actual state of the case in point of fact, but upon the just and reasonable belief of the party prosecuting: 2 Greenleaf, *on Evidence*, 455; 1 Taylor, *on Evidence*, p. 39; 1 Hilliard, *on Torts*, pp. 446, 447: *Ravenga* vs. *Macintosh*, 2 Barn. & C., 693; *Dalpé dit Pariseau* vs. *Rochon* (1). As to Appellant's admitting by his payment the validity of the *arrêt simple*: 1 Greenleaf, *on Evidence*, § 205; 1 Phillips, *on Evidence*, p. 681; *Code de Procédure Civ.*, Art. 854.

BADGLEY, J., (*dissentiente*): This being a case between merchants, it should be viewed in the same light as it would be by a jury. The Appellant carried on a very small business and had no great credit. He had been insolvent but a short time before and was paying up his composition notes at the time of the seizure. Instead of paying the note upon which he was sued by Respondent, he directed that every means should be taken to obtain delay. The circumstances that came to the knowledge of Respondent were more than suspicious, and he had good grounds for making the affidavit upon which the attachment issued.

(1) Le créancier, qui a fait pratiquer contre son débiteur une saisie-arrêt avant jugement que le tribunal a annulée par le motif qu'elle avait été pratiquée sans cause probable, ne sera, sur poursuite en dommages, soumis qu'à des dommages nominaux, si la preuve démontre que ce créancier, bien qu'il ne puisse justifier complètement la procédure adoptée par lui en l'occurrence, avait des raisons de soupçonner son débiteur. (*Dalpé dit Pariseau* vs. *Rochon*, C. S., Montréal, 27 mars 1858, DAY, J., 6 R. J. R. Q., p. 413.)

CARON, J.: Action par l'Appelant contre l'Intimé: 1o. pour avoir (l'Intimé) fait et assermenté un affidavit par lequel il jurait que ledit Appelant était sur le point de recéler ses biens, dettes et effets, dans l'intention de frauder ses créanciers, et notamment lui (l'Intimé), auquel il devait un billet promissoire de $222; et 2o. pour avoir, sur cet affidavit, fait émaner un bref de saisie-arrêt, et avoir fait arrêter et saisir les effets de lui, dit Appelant, qui allégue que cet affidavit était faux et malicieux, et que de ces procédés il lui est résulté de grands dommages qu'il évalue à la somme de mille piastres courant. Le Défendeur, en réponse à cette demande, a prétendu qu'il avait bonne raison de croire que le Demandeur était sur le point de recéler ses effets, et qu'il était justifiable à faire l'affidavit et la saisie en question, et qu'au reste le crédit du Demandeur était tellement mauvais alors qu'aucun dommage ne lui est résulté de ces causes. Deux questions surgissent de ces dires des parties; questions qui doivent se résoudre d'après la preuve dans la cause: 1o. l'Intimé était-il justifiable dans les démarches qu'il a adoptées à l'égard du Demandeur? 2o. s'il ne l'était pas, lui en est-il résulté quelque dommage, et à quel montant? Le jugement, tout en déclarant en propres termes, qu'il n'y eu de la part de l'Appelant aucune fraude qui puisse impliquer son caractère, dit en même temps que l'Intimé était justifiable à faire ce qu'il a fait, et pour cette raison renvoie l'action du Demandeur, qui se plaint de cette décision au moyen du présent appel. Il est assez difficile de concilier ces deux parties du même jugement, l'une qui déclare que de la part de l'Appelant, il n'y a eu aucune fraude, et de l'autre, que le Défendeur a eu droit de faire usage de ce remède extrême, qui n'est accordé au créancier que dans le cas où il y a recel des biens de son débiteur avec intention de frauder. Le débiteur a assurément droit de faire dans la conduite de ses affaires tout ce qui lui plaît et lui convient, pourvu que ce qu'il fait ainsi soit dans le cours ordinaire des affaires, et ne soit pas en fraude de ses créanciers. Si les actes légitimement et légalement faits sont mal interprétés par le créancier, s'il se trompe, et qu'en cela il cause illégalement et sans droit du dommage à son débiteur, il est, en justice, en équité comme en loi, tenu de réparer ce dommage resultant de son erreur; pour s'en libérer il ne lui suffit pas de dire je me suis trompé, il est vrai, mais je n'ai pas agi par malice. Ce principe établi, regardons au témoignage. Tous les témoins, ceux du Défendeur comme ceux du Demandeur, s'accordent avec le Juge, que rien dans la cause ne peut impliquer le caractère du Demandeur: que, quoique, à une époque déjà éloignée, il eût été malheureux en affaires et obligé de composer avec ses créanciers, il avait réussi à le faire, et avait fidèlement exécuté l'engagement qu'il avait pris avec eux, et qu'il avait payé exactement ce à quoi

il s'était obligé par l'acte de composition. Il est également en preuve que depuis ce temps, sans faire des affaires sur une grande échelle, il paraissait bien faire, et promettait de faire mieux encore ; son crédit, sans être très étendu, suffisait cependant pour lui permettre de faire un commerce qui paraissait prospère ; il est établi par la preuve que lors de la saisie il était en possession d'un fonds de commerce évalué à la somme de $1600, d'après un état détaillé produit et prouvé au dossier. L'Intimé lui-même paraissait avoir pleine confiance dans la solvabilité de l'Appelant peu de temps avant la saisie, puisqu'il prenait son billet, sur lequel elle était fondée, en échange de son propre billet qu'il donnait à Langlois et Glass à qui le billet de l'Appelant avait d'abord été donné. Sous ces circonstances, il convient d'examiner les faits sur lesquels l'Intimé paraît se fonder pour justifier la conduite qu'il a tenue à l'égard de l'Appelant en faisant saisir ses effets. Ces circonstances sont apparemment l'intention qu'avait manifestée l'Appelant de transporter ailleurs son établissement de commerce et de l'établir à la Basse-Ville, tandis qu'il se proposait en réalité de demeurer dans le même endroit, quoique dans une autre maison ; la vente qu'il a faite des tablettes, comptoirs et autres garnitures du magasin qu'il occupait ; le secret qu'il mettait à cacher le lieu où il se proposait de transporter son établissement ; la société qu'il devait former avec son frère qui avait été en faillite. Toutes ces raisons sont futiles, s'expliquent facilement par la preuve, et ne peuvent être regardées comme des indices de fraude de la part de l'Appelant. C'est à tort que l'on a prétendu que l'Appelant a consenti à la saisie, qu'il aurait dû payer avant, suivant la demande qui lui en avait été faite la veille, puisqu'il a bien pu payer après que cette saisie a été faite, et qu'il a insisté à ce qu'elle se fit ; il avait la veille protesté en présence de son notaire qu'il avait conduit là tout exprès. C'est également à tort que l'on prétend qu'il ne lui est résulté aucun dommage des procédés de l'Intimé ; les témoins ne nomment pas une somme fixe et positive, la chose était impossible, c'est à la Cour, remplissant le devoir du jury, à dire, d'après les circonstances prouvées, à quel montant l'Appelant a ainsi souffert tant dans ses sentiments que dans son crédit, auquel la saisie a été d'autant plus préjudiciable qu'il n'était pas encore parfaitement rétabli. La malice se présume chaque fois qu'il est fait un acte illégal, d'où il résulte du dommage à autrui ; dans ce cas tel acte fait sans véritable malice donne lieu à réparation du dommage qui en est résulté. La validité ou la futilité de la défense faite par l'Appelant à l'action déjà portée contre lui pour le billet sur lequel a été fondée la saisie, n'a rien à faire à la question ; la prétention même émise sur ce sujet pèse contre l'Intimé, qui devait

se contenter des moyens ordinaires, sans avoir recours à une mesure extrême pour se débarrasser d'une défense qui ne lui convenait pas. Le témoignage de Henry Glass, frère de l'Intimé, qui est le seul qui prétend lui avoir fourni les informations sur lesquelles est basé son affidavit, non-seulement est insuffisant, mais doit être reçu avec grande défiance, puisque c'est ce témoin qui doit supporter les conséquences du jugement à intervenir. En prenant pour parfaitement établies en fait les allégations du factum de l'Intimé, il me paraît démontré : 1o. Que l'Intimé n'avait pas de cause probable pour affirmer sur serment ce qu'il a juré dans son affidavit ; 2o. que la saisie a été faite sans raison ni nécessité, et partant doit être supposée faite avec malice ; 3o. que l'Appelant n'a aucunement acquiescé aux procédés adoptés par l'Intimé ; et 4o. enfin que de l'affidavit et de la saisie il est résulté des dommages, qu'il est du devoir de la Cour de fixer. En fixant ces dommages, l'on devra observer que l'Intimé, dans ses défenses et aussi dans son factum en appel, a répété, malgré la preuve du contraire, que l'Appelant avait agi avec intention de frauder ; au lieu de réitérer son injuste attaque, il aurait dû, au moins en appel, s'abstenir d'injurier l'Appelant, et, comme le Juge, rendre hommage à l'integrité, à l'honnêteté et au bon caractère de l'Appelant.

Jugement : La Cour, " considérant en droit que le créancier qui fait usage des mesures exceptionnelles et de rigueur, que la loi autorise, dans certains cas, contre les débiteurs frauduleux, est tenu de justifier qu'il a agi sur des indices et informations suffisantes, et, qu'à défaut de tels indices ou informations, la malice se présume et rend tel créancier reponsable des dommages résultant de son acte ; considérant en fait, que dans l'espèce, l'Intimé a failli de prouver les allégations de ses défenses et notamment que, lors de la saisie dont se plaint l'Appelant, il fut sur le point de recel r ses biens et effets, dans l'intention de frauder ses créanciers, et que les informations sur lesquelles il a fondé ses prétentions, étaient insuffisantes et mal fondées ; considérant que des faits dont se plaint l'Appelant, il lui est résulté des dommages, dont il a droit d'être indemnisé et que, partant, dans le jugement dont est appel, savoir, le jugement rendu par la Cour Supérieure, à Québec, le cinquième jour de juin, mil huit cent soixante et sept, il y a erreur, casse et annulle ledit jugement, et procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu par la Cour de première instance, déboute le Défendeur, Intimé, de ses exceptions, et le condamne à payer au Demandeur, Appelant, la somme de cent piastres, par forme de dommages, avec intérêt, à compter de cette date, et les dépens, tant en Cour

inférieure que devant cette Cour." (*Dissentiente* l'Honorable M. le Juge BADGLEY.) (17 *D. T. B. C.*, p. 473.)

ANDREWS, CARON & ANDREWS, for Appellant.

CAMPBELL, LANGLOIS & HAMILTON, for Respondent.

COMPAGNIES PAR ACTIONS.

COUR DE CIRCUIT, QUEBEC, 30 Avril 1866.

Présent : STUART, J.

MURPHY, Demandeur, *vs.* LA COMPAGNIE DES REMORQUEURS DU SAINT-LAURENT, Défenderesse.

Jugé : Qu'un actionnaire d'une compagnie n'a pas le droit d'exiger qu'on lui laisse consulter les registres des lettres reçues et expédiées au sujet des affaires de cette compagnie, lorsque des ordres contraires ont été donnés par les directeurs.

Le Demandeur requérait l'émanation d'un bref de *mandamus* par une requête dans laquelle il alléguait qu'il était actionnaire de " La compagnie des remorqueurs du Saint-Laurent" pour un nombre considérable de parts ; que cette compagnie était régie en ce qui regarde l'administration des affaires par des directeurs élus par les actionnaires ; qu'il s'était, pendant les heures de bureau, présenté au lieu où la compagnie conduit ses affaires, et là, avait demandé à consulter les registres des lettres reçues et expediées par lacompagnie,ses directeurs, agents ou officiers, touchant les affaires d'icelle ; mais que le secrétaire avait refusé de satisfaire sa demande, parce que les directeurs lui avaient donné l'ordre de ne laisser voir ces registres à personne autre qu'à eux-mêmes. Le Demandeur alléguait de plus que les directeurs lui avaient également refusé l'accès à ces registres, et qu'en ce faisant ils avaient outrepassé leurs pouvoirs et empiété sur les droits des actionnaires qui se trouvaient ainsi dépourvus des moyens de connaître la conduite des affaires, l'état des finances, et tout ce qu'ils avaient intérêt à savoir. Il concluait à ce que la Cour reconnût ses droits en ordonnant aux directeurs de lui permettre de consulter les livres. La Défenderesse répondit que le Demandeur n'avait aucun droit d'inspecter les lettres et les communications reçues par les officiers de la compagnie au sujet des affaires qu'ils transigeaient. Son droit de veiller à la conduite des directeurs s'étendait seulement à visiter les livres de comptes et autres de la même nature. Un comité de direction conduisait les affaires de la société, ainsi que le permettait la charte d'incorporation, et ce comité avait certainement le droit d'empêcher les simples actionnaires d'inspecter ses lettres. " The

Court, considering that the propriety of communicating to individual shareholders the letters received by Defendants must be left to the discretion of the directors, and that the petitioner shews no particular interest in such letters, doth dismiss the petition for the issuing of a writ of *mandamus.*" (16 *D. J. B. C.*, p. 300.)

HOLT and IRVINE, pour le Demandeur.

ANDREWS and ANDREWS, pour la Défenderesse.

COMPENSATION.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 20 décembre 1865.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges

GUGY, Appelant, *et* BROWN, Intimé.

Jugé : Que le montant d'une créance une fois offert en compensation dans une cause où telle compensation a été plaidée, ne peut pas l'être dans une autre cause, lors même que la première cause serait encore pendante devant la Cour. (1)

L'action était portée par l'Intimé contre Parent pour la somme de $230.80, montant d'un billet promissoire consenti par l'Appelant à Parent, et transporté par ce dernier à l'Intimé. Gugy fut mis en cause comme garantie simple de Parent. Deux défenses séparées, mais absolument identiques, furent produites par l'Appelant, l'une comme débiteur principal, l'autre comme garant et prenant le fait et cause de Parent. Il y disait que le Demandeur lui devait, lors de l'institution de l'action, une somme de £84 3 2, comme montant d'un mémoire de frais dans une cause ci-devant pendante entre eux, que, partant, il y avait eu compensation. L'Intimé prétendit que cette défense ayant déjà été faite à trois actions portées par l'Intimé contre l'Appelant, auxquelles il avait successivement opposé la même réclamation, il ne pouvait pas l'opposer de nouveau et s'en prévaloir pour faire renvoyer l'action de l'Intimé. La Cour Supérieure décida en faveur de l'Intimé par le jugement suivant : " Considering that Plaintiff, Brown, by his special answer to Defendant's plea of compensation, alleges and establishes in evidence that Defendant, Gugy, hath pleaded the same costs in compensation to certain actions brought by Plaintiff against him, which actions are still pending and undetermined, and considering that Defendant cannot legally plead the same debt in the present cause, after having made his option to set off the same against other sums of money due by

(1) V. art. 1195 C. C.

him to Plaintiff, the Court doth condemn Defendant, &c." Ce jugement porté en revision fut confirmé unanimement par cette Cour ; et la cause ensuite portée en appel, les deux jugements y furent confirmés.

MONDELET, Juge, *dissentiente* : Il s'agit d'une question de compensation offerte en Cour de première instance par l'Appelant, qui y était Défendeur, à l'encontre d'une demande pour le recouvrement de la somme de $203.83, avec intérêt du 18 février, 1862, montant d'un billet promissoire consenti par l'Appelant au nommé Parent et endossé par ce dernier en faveur de l'Intimé. L'Appelant a produit deux défenses séparées, l'une comme débiteur principal, et l'autre comme garant simple. L'Appelant prétendait que l'Intimé lui devait lors de l'institution de l'action £84 3 2, montant d'un mémoire de frais dans une cause ci-devant pendante entr'eux, devant la Cour Supérieure, et que l'Intimé avait été condamné à lui payer; et qu'il y avait eu compensation, et que l'action de l'Intimé aurait dû être déboutée. L'Intimé admet que cette prétention serait bien fondée et qu'en effet, la compensation aurait eu lieu, si l'Appelant s'était contenté de la faire valoir en cette instance ; mais qu'ayant fait la même défense auparavant à l'encontre de trois actions intentées contre lui, pour le recouvrement de trois billets promissoires, il n'est pas recevable à faire valoir cette prétention en la présente instance. Je pense qu'il n'y a guère de difficulté dans la cause actuelle. Evidemment la compensation ne peut avoir lieu qu'une seule fois, pour un montant quelconque ; et si elle avait déjà été prononcée dans l'une des trois causes où elle a été plaidée, il ne pouvait plus en être question dans aucune des autres. Mais il ne s'ensuit pas que cette compensation ne doit pas être prononcée dans la cause actuelle, tout au contraire, il s'ensuit que, dans l'instance actuelle, elle aurait dû être prononcée, puisqu'on en était arrivé au mérite, sauf à la Cour à la rejeter dans les autres causes, si l'Appelant, Défendeur, après avoir éteint sa dette par cette compensation qu'eût prononcée la Cour dans la présente instance, il eût demandé derechef à la faire admettre en extinction de ses autres dettes. Au moment que le jugement eût été rendu dans la présente instance, l'Intimé aurait, va sans dire, insisté, et avec droit, à faire renvoyer les exceptions de compensation, plaidées dans les autres causes, voilà tout. Je suis donc d'avis qu'attendu que ces exceptions de compensation sont autant d'espèces de moyens conservatoires que la partie peut opposer simultanément contre diverses demandes, l'Appelant aurait dû avoir gain de cause, là où, arrivées au mérite, les parties devaient être jugées suivant leurs droits respectifs dans cette cause, sauf à statuer sur les autres actions lorsque la Cour serait appelée à le faire. Ce qui

précède est dans l'hypothèse où l'Intimé aurait fait preuve que les dépens offerts en compensation dans trois autres causes, sont les mêmes que ceux qui font l'objet de l'exception de compensation dans l'instance actuelle, ce dont il ne paraît y avoir de preuve. Il résulte de ce qui précède que l'action de l'Intimé aurait dû être déboutée, au lieu du jugement qu'a rendu en sa faveur la Cour de première instance et qu'a confirmé la Cour de Revision. A mon point de vue, donc, le jugement de la Cour de Revision, de même que celui de la Cour de première instance, doivent être infirmés, la compensation doit être prononcée, l'action de l'Intimé déboutée.

La majorité de la Cour d'Appel confirma le jugement rendu par la Cour Inférieure, en autant qu'il n'y avait pas erreur, et pour les raisons mentionnées dans ce jugement. (16 *D.T.B.C.*, p. 302.)

FOURNIER et GLEASON, pour l'Appelant.

BOSSÉ et BOSSÉ, pour l'Intimé.

HYPOTHEQUE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Québec, 17 décembre 1864.

Before MEREDITH, DRUMMOND, BADGLEY and TASCHEREAU, Justices.

PACAUD, Appellant, *and* PELLETIER, Respondent.

Jugé: Que les lots de la Couronne continuent d'être propriété de la Couronne tant qu'il n'émane pas de patente pour tels lots, et que les hypothèques données sur telles propriétés par des individus qui en sont en possession et qui les ont améliorées, ne sont pas valables et ne confèrent aucuns droits aux créanciers. (1)

BADGLEY, Justice: In 1860, Appellant sold to Augustin Lessard one half of lot No. 2, in the 2nd range of Halifax, for £100, payable by eight instalments, and secured his price by a mortgage upon the lot sold and upon the adjoining lot, half No. 2, in the 3rd range of Halifax, occupied by Lessard. Lessard having failed to pay Appellant according to agreement, Appellant obtained judgment against him for the balance of 4 instalments, £35 2 6, with interest and costs. The Plaintiff sued out execution *de bonis*, under which he sold the effects of Defendant, the levy being insufficient, and a balance remaining due, he issued execution *de terris*, and seized the above lots, the sale to be had in December, 1863. Lot No. 2, in the 2nd range, was sold, but the half of lot No. 2, in the 3rd range, was not sold, by reason of an opposition *à fin de*

(1) V. art. 2043 C. C.

distraire filed by Respondent. At the time of the seizure the lot was Crown property, and until patents issued therefor remained such. The Defendant had occupied it and hypothecated it. The Defendant went into possession in January, 1860, by purchase from one Couture, whose betterments he acquired. The Government price was 2s. 9d. per acre. It is admitted that the lot was Government property, and that Defendant had not the property either by himself or by Couture. On the 29th July, 1863, Respondent acquired the lot in question from Defendant with all his rights thereto, including the buildings and ameliorations, for the consideration stated in the deed of sale, which was paid, $66.50 due for Government arrears; upon payment of this sum to the Government, Respondent obtained a location ticket for the lot and, finally, on payment of the Government dues, on the 24th August, 1863, obtained his patent for the lot on the 31st August, 1864, whereby he acquired the property. The lot in question never had been the property of Defendant, nor until the patent issued, had it ceased to be government property. The Respondent filed his opposition and claimed the lot as his. It is elementary to say that *l'hypothèque est le droit qu'a un créancier dans la chose d'autrui.* The Defendant, not having the property of the lot, the hypothec, given under deed of 19th June, 1860, cannot avail to Appellant. It is also elementary to say that, until Crown property is patented, it remains Crown property, and that the seizure of an unpatented Crown lot cannot avail to Appellant, because it went from the Crown to Respondent. The Respondent was well founded in demanding *distraction* of the lot from the seizure, and the judgment appealed from must be sustained, but as Respondent knew of the transactions between Plaintiff and Defendant, both parties must pay their own costs in both courts.

" The Court, considering that, in the judgment rendered in the Superior Court, sitting at Arthabaskaville, on the nineteenth day of March, 1864, there is no error in the *motifs* and merits of the judgment; but, considering that both parties were blamable in the proceedings taken between themselves in respect of the said lot of land, doth confirm the said judgment, but without costs to either party, in either court. (16 *D. T. B. C.*, p. 305.)

PACAUD, for Appellant.
BARWIS, for Respondent.
PARKIN, Q. C., Counsel.

CERTIORARI.—INTERPRETATION OF A LEASE.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE,
Montreal, 8th March, 1864.

Coram DUVAL, C. J., AYLWIN, J., MEREDITH, J., MONDELET, A. J.

W. E. GRANT, Plaintiff in the Court below Appellant, *and* DAVID LOCKEAD, Defendant in the Court below, Respondent.

Held: That a writ of certiorari issued out of the Court of Queen's Bench, civil side, and addressed to the prothonotary of the Court below, for the return of papers, and not to the judges of that Court will be quashed and annulled, as irregular.

Montreal, 19th September, 1866.

Present: DUVAL, C. J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., MONDELET, J.

Held: That a tenant, upon a lease made with the condition that the lease will be annulled by the landlord selling his land and that, in that case, the landlord would take at valuation the manure on the land left (in excess of the quantity usually left by out going tenants), has a right to the value of the manure so left, although he remained in possession of the lands as tenant of the new proprietor.

The action was brought by Respondent to recover from Appellant £250 damages. On the 5th July, 1861, Defendant leased to Plaintiff a farm at Hochelaga for the term of seven years, at the rate of £75 per annum. The lease stipulated, amongst other things, that, in the event of the termination of the lease by sale or otherwise, as therein provided, the manure drawn upon the farm by the lessee, in excess of the quantity usually left by out going tenants, should be taken at a valuation. It was also provided that either party might rescind the lease, on giving the other six month's notice. On the 20th June, 1862, Defendant notified Plaintiff of the termination of the lease to take place on the 1st of May, 1863, as the land was to be sold to S. Gale. Plaintiff alleged that, in 1861 and 1862, previous to the notice, he had placed a large quantity of manure upon the farm, for the value of which he offered an arbitration, but Defendant having refused an arbitration, Plaintiff issued the present action claiming the value of the manure and of certain fall ploughing. The Superior Court, at Montreal, on the 31st day of May, 1865 (BADGLEY, J.) dismissed the claim for fall ploughing, but found, from the evidence, that, at the termination of the lease, Plaintiff had put upon the farm 325 loads of manure, over and above the quantity usually left by out going tenants, which at the valuation

established by the evidence of record, gave an amount of $315.00 and the Defendant was condemned to pay this sum. When the case came in appeal, the Appellant moved for a writ of *certiorari*, addressed to the prothonotary of the Superior Court, to compel him to produce certain papers which he had neglected to return with the record. On the 18th March, 1866, the Court of Appeal, having heard the parties, made the following order on the writ of *certiorari:* " It is ordered, inasmuch as the motion of Appellant for a writ of *certiorari* was submitted to this court without any explanation of the object sought to be obtained by the writ of *certiorari*, and without any verbal intimation of the intention of Appellant to cause the said writ to be addressed to the prothonotary of the Superior Court, and also, without any objection having been made by Respondent, by means whereof the court was led to regard the said motion as a motion of course, and in consequence without the case having been taken *en délibéré*, ordered a writ of *certiorari* to issue as prayed; and, whereas the said order, which was obtained, is irregular and contrary to the course and practice of this court, inasmuch as it directs the writ of *certiorari* to prothonotary of the Superior Court, instead of being addressed, as it ought to be, to the Chief-Justice and Justices of the Superior Court, doth in consequence, reverse and set aside the said order, and doth quash and annul the writ of *certiorari* issued in this cause under the said order; and doth further order that the return made by the prothonotary to the said writ of *certiorari* be taken off of the files of this court." On the merits, Appellant submitted: 1o. that the Plaintiff could not recover because the manure left had been worked into the soil and the Plaintiff had had the benefit from it in the green crops of 1862; further, that Plaintiff had remained in possession of the farm as tenant of the new purchaser after he brought his action. It was true he remained on the farm at an advance rent of £90, but he got an additional extent of land. The principal point, however, that was urged by the Appellant was irregularity in the mode of rendering judgment in the Court below. It appeared that judgment was first rendered in opened Court, on the 31st of March, 1865, dismissing Plaintiff's action. Plaintiff inscribed the case for Review, but in the meantime the judge, having discovered an oversight, recalled the judgment, and, on the 25th of April, again rendered judgment verbally, for the sum of $315.00 in favor of the Plaintiff. The judgment below decided that the incription in Review was the result of a misunderstanding, and no judgment having been recorded, owing to an error on a point of fact, there was no judgment to revise. Subsequently a rehearing was ordered, and Defendant did not

appear at this, and finally the judgment appealed from was rendered on the 31st of may. The Defendant submitted that the rendering of judgment in opened Court constituted a final judgment and could not be subsequently altered by the judge. The Court of Appeal, on the 19th of September 1866, confirmed the judgment of the Superior Court on the merits. (1 *L. C. L. J.*, p. 29 ; 2 *L. C. L. J.*, p. 106 ; 16 *D. T. B. C.*, p. 308 ; 10 *J.*, p. 183.)

KERR, Attorney for Appellant.

MACKAY and AUSTIN, Attorneys for Respondent.

CERTIORARI

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 5 mai 1866.

Présent : STUART, Juge.

PITON, Requérant, *et* LEMOINE, Défendeur.

Jugé : 1o. Qu'un bref de *certiorari* adressé au surintendant de police, lorsqu'il aurait dû l'être au Juge des sessions de la paix, suivant les dispositions de la 25 Vict., ch. 13, sect. 1, sera annulé. (1)

2o. Qu'un nouveau bref ne sera pas accordé sur motion à cet effet pour rectifier l'erreur commise dans l'adresse du premier bref.

Le Requérant, Piton, avait été condamné pour vente de liqueurs sans licence ; sur motion, il obtint un bref de *certiorari* adressé à John Maguire, surintendant de police dans et pour le district de Québec Ce bref fut rapporté avec un retour qui constatait que Maguire n'avait jamais occupé la charge de surintendant de police, mais que son titre était Juge des sessions de la paix ; que jamais, comme surintendant de police, il n'avait rendu de jugement ou donné d'ordre dans la cause tionnée dans le bref, mais qu'il avait ainsi agi en sa qualité de Juge des sessions. Sur motion du produreur de Lemoine, inspecteur du revenu et poursuivant comme tel, le retour de ce bref fut annulé, parce qu'il n'avait pas été adressé au Juge qui avait prononcé la condamnation de Piton, et parce qu'il n'y avait ainsi devant la Cour aucune pièce de procédure dont elle pouvait s'occuper. Subséquemment, le Défendeur Piton fit motion pour qu'il émanât un bref de *certiorari* adressé à John Maguire, Juge des sessions de la paix, dans et pour le district de Québec, afin de mettre à exécution le jugement précédemment rendu par la Cour ordonnant l'émanation d'un bref de *certiorari*, attendu que, par erreur, ce bref avait été mal adressé, et, de plus, attendu que ledit jugement n'avait jamais été mis de côté, ni rescindé, et ainsi qu'il avait encore pleine va-

(1) V. art. 1226 C. P. C.

leur et effet ; et enfin parce que le mérite de la cause n'avait pas encore été jugé. Plusieurs autorités furent citées de la part du Requérant qui prouvaient que de semblables procédures étaient autorisées par les Cours d'Angleterre, entre autres, Bacon's Abridgment, p. 574, vbo. *Certiorari* : " If a *certiorari* issues, and the record is not thereby removed, the Court above cannot proceed upon it, but will quash the writ and award a new one." (1) *Jugement* : Take nothing by motion. (16 *D. T. B. C.*, p. 316.)

TALBOT et TOUSIGNANT, pour le Requérant.

ANDREWS et Andrews, pour le Défendeur.

CAPIAS. — PREUVE.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Quebec, 19 mars 1866.

Before DUVAL, Chief-Justice, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, Justices.

LAIDLAW, Appellant, *and* BURNS, Respondent.

Jugé : 1o. Qu'un créancier pour une somme d'argent au-dessous de dix louis, ne peut, dans le but d'arrêter son débiteur, ajouter au montant de sa réclamation un montant à lui transporté, et sur ce émaner un *capias ad respondendum*, sans signification préalable au débiteur de tel transport, en autant que signification du transport est nécessaire avant que le cessionnaire devienne créancier du débiteur. (2)

2o. Que, dans une action pour emprisonnement illégal, le demandeur est tenu d'alléguer et d'établir en preuve qu'il a été malicieusement arrêté sans raison ou cause probable. (3)

The action was brought in the Superior Court, at Quebec, on the 7th April, 1864, by Respondent, to recover damages for an alleged malicious arrest. The circumstances of the case were these : The Respondent had resided in Quebec for about a year previous to the 11th February, 1864, when he was arrested by Appellant : it appeared that he was earning a considerable income. The Respondent was indebted to Appellant in a sum of £9 11 7. Laidlaw stated that he had been informed, two or three days before the arrest, by Mrs. and Miss Bansley, that Respondent was going to leave town, and probably leave the province, and that he received other information

(1) Autorités citées par le Requérant : 2 Hawk. P.C., 27, sec. 87 ; Dickinson's Guide, p. 969, à la note ; 1 Tomlin's Law Dict., vbo. *Certiorari* ; 1 Coventry and Hughes Digest, vbo. *Certiorari*, p. 268, sec. 25, p. 269, sec. 6, sous-sec. 1 ; Burn's Justice, Edit. de 1793, p. 351, vbo. *Certiorari* ; Gray's practice, p. 293 ; Stat. Ref. B. C., ch. 89., p. 846, version française.

(2) V. art. 798 C. P. C.

(3) V. art. 793 C. P. C. et 1203 C. C.

from the same persons, on the same subject, on the night before the arrest; that, thereupon, he went to Respondent's house and demanded immediate payment. Burns admitted the debt, and also that he was going to Montreal on the following morning. Laidlaw, knowing that the amount due to him was insufficient to justify the arrest of his debtor, procured the assignment of a small amount (14s 6d) due by Burns, to a person named Waters, who never had sent his account or demanded payment. The Respondent was then arrested on a *capias* and conveyed to gaol, where he remained for several hours, when he paid the debt and costs and was released. The Respondent considering himself aggrieved by these proceedings instituted an action which resulted in a judgment in his favour, condemning Appellant to $50 damages and costs.

ANDREWS, for Appellant: The Appellant contends that it was immaterial to the issue between the parties whether Respondent had or had not been about to secrete his estate, or to abscond with intent to defraud his creditors, the question raised by the pleadings being whether Appellant had sufficient reason to believe such was the case, when he made his affidavit. This Court has already held that no responsibility attaches to the exercise of an absolute right, whatever the motive by which the party was prompt in the exercise of it. (1) If a creditor of a sum of $40 has reasonable grounds for believing that his debtor is about to secrete his estate, or to leave the province with a fraudulent intention, and that by so doing the creditor will lose his remedy, he, in apprehending his debtor by his body, does but exercise a right which the law sanctions, and is consequently not amenable to any action of damages for so doing, although it should be afterwards proved that the debtor had really not contemplated any fraudulent act, because Plaintiff was not, and had not been, to blame in obtaining the process against him. Both French and English law maintain that no action can be sustained against a person attaching the body of his debtor by civil process, unless Plaintiff in such an action proves the absence of probable cause; and in either country where the right of arrest exists it is of

(1) Les propriétaires de maisons peuvent faire saisir-gager, pour loyers échus, les effets et fruits étant dans lesdites maisons. Ce droit de saisie-gagerie, que la loi accorde aux propriétaires, est un droit absolu dont l'exercice fait cesser toute espèce de responsabilité. En conséquence, le propriétaire faisant saisir-gager les effets d'un locataire qui, à l'échéance, ne s'est pas acquitté de sa dette des loyers, ne peut être soumis à des dommages-intérêts, quoique, en l'occurrence, le locateur n'ait usé de son droit de saisie-gagerie que par malice et dans le but de se venger. (*David* et *Thomas*, C. B. R., Montréal, 7 janvier 1857, LAFONTAINE, J.-en-C., AYLWIN, J., DUVAL, J., dissident, et CARON, J., infirmant le jugement de C. S., Montréal, 28 juin 1855, 5 R. J. R. Q., p. 427.) Voir Hilliard, on torts, p. 224, No. 22.

no consequence that it is maliciously exercised, but as soon as there is a probable cause, the Plaintiff has a right to issue a *capias*. There is no doubt that, in this cause, Laidlaw acted *bona fide*. The Appellant further contends that Burns was indebted to him in the sum of forty dollars, because the signification of the transfer made by Waters was not necessary. (1) The Respondent by his words and actions was himself the sole cause and occasion of his arrest, he only must be blamed and must suffer.

Irvine, for Respondent: There was no debt legally due to Appellant of sufficient amount to justify the arrest. The law requires that the Plaintiff should establish that the Defendant is *personally* indebted to him in a sum of forty dollars, or more. In this case there was not such a sum due to Plaintiff, because the sum due to Waters, and by him assigned to Appellant, was not personally due to Appellant at the time the writ issued. It is a principle of law, that a debt assigned is not vested in the assignee until notice of the assignment is given to the debtor. The Respondent contends that this principle must be applied in this case, although a series of decisions has established that the service of an action founded on an assignment is a sufficient notice of such assignment, inasmuch as the declaration recites the transaction, but surely it cannot be pretended that an action commenced by a *capias* gives to the debtor the required signification of the transfer. No declaration is served; Defendant merely receives a copy of the writ stating the amount by him due, and he is then shut up in gaol, where he cannot receive information as to the cause of Plaintiff having become his creditor. The grounds set forth in the affidavit were insufficient to justify the issue of the *capias*, because he allows himself to be influenced by the unfounded tales of two women, who were acting from motives

(1) Le cessionnaire d'une créance peut poursuivre le débiteur avant d'avoir fait signifier le transport et, dans ce cas, l'assignation équivaut à une signification du transport. (*Martin* vs *Côté*, C. S., Québec, 28 avril 1851, Bowen, J.-en-C., Bacquet, J., et Meredith, J., 2 R. J R. Q., p. 471.)

Le créancier pour une somme moindre que £10, qui s'est fait transporter d'autres créances dues par le même débiteur, peut faire émettre contre ce dernier un *capias ad respondendum* pour le montant qui lui est dû personnellement et pour les créances qui lui ont été transportées, si le tout excède £10. Le cessionnaire d'un transport peut poursuivre sans avoir au préalable signifié ledit transport au débiteur. Suffisant est l'affidavit, dans lequel le déposant allègue que " les raisons qu'il a de croire que le Défendeur est sur le point de quitter la province frauduleusement, sont que le Défendeur est capitaine de vaisseau, lequel vaisseau est chargé et prêt à faire voile avec le Défendeur comme capitaine, et que le Défendeur a lui-même dit qu'il était sur le point de faire voile pour des endroits d'outre-mer." (*Quinn* vs. *Atcheson*, C. S., Québec, 2 décembre 1854, Duval, J., Meredith, J., et Caron, J., 4 R. J. R. Q., p. 203) Voir la cause de *Lamothe et al.* et *Fontaine dite Bienvenu*, et *Talon dit Lespérance*, 13 R. J. R. Q., p. 505 et 5 R. J. R. Q., p. 168.

of malice, and Appellant did not take any precautions to verify their statements.

MONDELET, Justice: I am of opinion that the judgment appealed from awarding damages against Appellant for false arrest and imprisonment, must be confirmed, but not altogether for the motives it sets out, inasmuch as it is not correct to say that Plaintiff has established the material allegations of his declaration. I would strike out that part of the *considérant* and adopt the rest. I wish to be clearly understood: it is not because Appellant was not about secreting his effects and leaving the province, that Appellant must be condemned, but solely because he has not proved that he had reason to believe, from the information he obtained, or was given him, that the Respondent was about to secrete his effects and leave the province. I would therefore place the judgment upon that footing, and then confirm it.

MEREDITH, Justice: After going over the evidence in this case with much care, and more than once, it seems to me that Plaintiff was not immediately about to leave the province when he was arrested by Appellant; but, notwithstanding this, I am of opinion that Appellant had reasonable and probable cause for arresting Respondent and that, such being the case, the latter is not entitled to damages, merely because it seems that Respondent was not about to abscond when arrested. The learned counsel for Appellant, in the course of his argument, referred to a judgment rendered by me in the year 1854, in the case of *McTeer* vs. *Scrim*. In that case I observed that "although the information upon which an arrest is made "may be such as to have given the creditor reason to believe "that his debtor was immediately about to abscond; yet, if it "prove to be erroneous, the debtor will be entitled to be discharged from custody; but the creditor, if sued for a malicious arrest, will be allowed to take advantage of the information upon which he acted." This view still seems to me correct. Upon the one hand, it would be plainly wrong to keep a man in jail after he had proved that the information upon which he had been arrested was erroneous; and, on the other hand, a creditor ought not to be mulcted in damages when, for the recovery of a just debt, he has done nothing but what a prudent and right minded man would have done under the circumstances. According to the English authorities, in an action for malicious arrest, it is necessary for the Plaintiff to allege and prove *malice* and want of probable cause; (1) and the jury are at liberty, but are not bound, to presume

(1) 1 Hilliard, on *Torts*, page 231, Ed. of 1859; 2 Crompton and Meeson's Rep., 720; 6 Ad. and El., 661; 2 Car. and P., 464.

malice from want of probable cause. (1) In this district, as early as the year 1813, il was held, in the case of *Ritchie* and *Flower*, "that, in an action for malicious arrest, the Plaintiff "must allege and show in evidence that he was arrested "without reasonable or probable cause." (2) And the Court of Queen's Bench, at Montreal, in 1849, held the same doctrine in the case of *Dease* vs. *Townsend*. (3) I do not fail to bear in mind that, although in suits for malicious prosecutions (connected as they are with the administration of criminal justice), the Court is to be guided by English laws; yet, that, in actions for malicious arrests (which have their origin in civil suits), the court must follow our own law; but, as regards the point under consideration, I do not think there is any very important difference between the two systems. The rules of the french law on this subject are very well explained by Carré and Chauveau, in the following passage: "On ne peut contester qu'il n'y ait, dans le soutien du procès, indépendamment des avances des frais et des dépenses qu'on ne peut "répéter, une succession continuelle de démarches, de désagréments, d'anxiétés, d'inquiétudes, qui les rendent très préjudiciables aux parties mêmes qui finissent par triompher. "De là on pourrait conclure qu'une mauvaise contestation "rend toujours, en droit, passible de dommages-intérêts la "partie qui l'a introduite ou soutenue. Mais il faut sainement "entendre le principe de l'article 1382: Tout fait quelconque "de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par "la *faute* duquel il est arrivé à le réparer." On le voit, il ne "suffit pas que le dommage soit occasionné par un fait de "l'homme, pour que son auteur soit obligé à le réparer; Il "faut encore que ce fait soit une *faute*, c'est-à-dire qu'il faut "que ce fait soit le résultat d'un mauvais vouloir, d'une négligence ou de l'impéritie. Ainsi nous devons faire la précision "suivante: le fait qui cause un préjudice à autrui n'oblige à "réparation qu'autant qu'il ne consiste pas dans l'exercice d'un "droit. Or, toutes les fois qu'un plaideur est de bonne foi dans "sa prétention, c'est un droit pour lui de la soutenir. Si la "loi est contre lui, qu'il succombe; que, pour avoir mal présumé de ses dispositions, il soit condamné aux dépens; mais "qu'aucun dommage ne lui soit imposé, car c'était un droit

(1) 1 Hilliard, page 236.

(2) Celui qui réclame des dommages-intérêts pour arrestation malicieuse doit alléguer et prouver qu'il a été arrêté sans cause raisonnable. (*Ritchie* vs. *Flower*, C. B. R., Québec, 1813, 2 R. J. R. Q., p. 68.)

(3) July 24. 1849, *Dease* vs. *Townsend* (from my note book): "Held, that "in actions for malicious arrest, as in actions for malicious prosecutions, "malice and want of probable cause must be alleged and proved."

" pour lui de réclamer ou de défendre ce qu'il croyait lui ap- " partenir. Mais il se peut que, bien convaincu du peu de " fondement de sa cause, il ne l'intente et ne la poursuive que " dans le but, vexatoire et coupable, de tourmenter, d'inquié- " ter son adversaire ; un sentiment de haine, de jalousie, de " mesquine tracasserie, peut être le mobile de son action. " Dans ce cas, il devra des dommages ; car céder à ce mauvais " sentiment, c'est une faute ; cette faute cause un préjudice ; " elle soumet à une réparation. C'est là, ce nous semble, le " système consacré par le petit nombre d'arrêts que nous " avons pu recueillir sur cette question." (1) It may however be contended that, if a debtor be liberated from custody on the ground that the information upon which the Plaintiff acted was erroneous, that the Defendant, although not entitled to vindictive damages, ought to be allowed compensation for any actual loss caused to him by the arrest; and this on the ground that the arrest, in the case supposed, would be attributable to a mistake on the part of the Plaintiff. But it may be answered that, even in the case just mentioned, the Plaintiff would not be the only person to blame. It is the Defendant, who, by neglecting to pay a just debt, renders it necessary for the Plaintiff to proceed. And if the Plaintiff, in the course of his proceedings, do nothing but what a reasonable and prudent man would do under the circumstances, and if, notwithstanding this, a mistake occur, injurious to the Defendant, he cannot, according to the authorities, claim damages for an unavoidable mistake occurring in proceedings rendered necessary by himself. The next point to be considered is the objection on the part of Respondent, that a part of the debt for which he was arrested was claimed by Appellant under a transfer of which no notice, *signification*, had been given to Respondent. In the factum of Respondent it is admitted (and I believe it to be beyond doubt, true,) " that a long series of decisions (2) extending over a number

(1) 1 Carré et Chauveau, page 641, on Art. 128, ques. 544.

(2) As to the jurisprudence in the district of Montreal, see observations of Sir L. H. Lafontaine in *Lamothe* and *Fontaine*, 5 R. J. R. Q., p. 168 et 13 R. J. R. Q., p. 505. " Il est bien vrai que la jurisprudence générale est que " l'action, lorsqu'elle est dirigée contre le débiteur personnel, est censée une " signification suffisante du transport. *Il ne peut s'élever de difficulté* que " quant aux frais." As to the jurisprudence in Quebec, see remarks of Ch.-J. Bowen, *Martin* vs. *Côté*, *supra* p. 252, et 2 R. J. R. Q., p. 471. Also remarks of Chief-Justice Duval in *Quinn* vs. *Atcheson*, 12 R. J. R. Q., p. 16 et 4 R. J. R. Q., p. 203, the other judges being Caron and Meredith, also judgment of Mr. Justice Badgley and Mr. Stuart, reversing a judgment of the Superior Court at Quebec, in *Mignot* and *Reed*, 13 R. J. R. Q., p. 504, the reason of their judgment being : " That by the jurisprudence established in Lower " Canada, the service of the action upon the personal debtor at the suit of

"of years has established that the service of an action "founded on a transfer is a sufficient notice to enable the "new creditor to recover." It is, however, contended by Respondent, that a distinction ought to be made between actions commenced by an ordinary writ of summons, and actions commenced by a writ of *capias ad respondendum*. The Appellant relies on the case of *Quinn* vs. *Atcheson*, decided by the present Chief-Justice of this Court, Mr. Justice CARON and myself, and which it must be admitted, is exactly analogous to the present case. When I concurred in that judgment, I did so, on the ground "that as we hold that an action may be "maintained on a transfer not signified, I cannot say that a "*capias ad respondendum*, (which, under certain circum-"stances, is an incident of the right to sue,) may not issue." Upon further considering this point, it seems to me that there is an objection to the arresting of a debtor upon a transfer not signified, which does not apply to the maintaining of an ordinary action upon a transfer also not signified. Our Courts have held, not that a transfer without signification is sufficient to vest the debt in the assignee, but that the service of the action on the part of the assignee is a sufficient notice of the assignment; (1) thus admitting that a notice of the assignment is necessary to vest the debt, as regards the debtor, in the assignee. Now a Plaintiff suing out a writ of *capias ad respondendum* is obliged to swear that the Defendant, *at the time of the making of the affidavit*, is indebted to him in the amount for which the writ is to issue. But how can this be done, consistently with truth, when, taking the most favourable view of the case for the Plaintiff, it is admitted that the service of the action, to be thereafter made, is necessary to vest the debt in the Plaintiff. (2) It has been said, although not in this case, that the *capias ad respondendum* is a conservatory process, and therefore ought to be viewed with more favour than an ordinary action. But the answer is, that whatever may be the nature of the process to be issued, it cannot justify the taking of an affidavit that is untrue. The difficulty did not present itself to my mind when I concurred in *Quinn* vs. *Atcheson*, nor was it, I believe, submitted in this case; and therefore, if the judgment about to be rendered depended upon my opinion, I would probably wish to hear the

"the personal creditor is a good and sufficient signification upon the debtor "of the assignment to the creditor of the personal debt of the said debtor."

We believe that the decisions have invariably been as above stated, and we have been unable to find any case, excepting the case of *Mignot* and *Reed*, afterwards reversed, in which a contrary rule has obtained. *Ed. L. C. Rep.*

(1) 12 R. J. R. Q., p. 16 et 4 R. J. R. Q., p. 203.

(2) Pothier, Vente, No. 558

parties upon the point under notice; but this is unnecessary as I do not concur in the judgment about to be rendered. Even if I were satisfied that the *capias* in this cause issued irregularly, as I must admit I now think it did, still I would say that the damages ought to be merely nominal. The Plaintiff acted in good faith, upon the advice of experienced counsel, who were guided in their proceedings by a judgment rendered by three of the judges of this Court, in pursuance, as was supposed, of a well established jurisprudence. The Defendant, on the other hand, not only neglected to pay a just debt, but acted in such a way as to cause it to be supposed he was about to abscond; and when the Plaintiff called upon the Defendant for an explanation he was rudely shown to the door. In an ordinary case, I certainly would not disturb a judgment awarding £12 10 0 to a Plaintiff who had been subjected to any wrongful imprisonment; but under the very peculiar circumstances of the present case, and more particularly bearing in mind the judgment by which the Defendant was guided, I do not think that he ought to be held to pay, or that the Plaintiff is entitled to receive, any thing beyond merely nominal damages. There is, however, one part of the case with respect to which I think the proceedings of Appellant are objectionable. The Appellant having sued Respondent, without notice of the assignment, had no right to arrest the Defendant for the costs of the action. (1) He nevertheless did so, and compelled Respondent to pay, as costs, over £5 and this sum I think Appellant ought to be held to refund. The judgment in appeal is as follows: " The Court, considering that it is established in evidence, that, at the time of the arrest of Respondent, he was indebted to Appellant in a sum amounting to or exceeding forty dollars; and that he was not about, either to abscond, or to secrete his estate, debts and effects, with intent to defraud his creditors, and that, therefore, there is no error in the judgment appealed from, doth confirm the said judgment, &c." *Dissentientibus*, the Chief-Justice and MEREDITH, Justice. (16 *D. T. B. C.*, p. 318.)

ANDREWS and ANDREWS, for Appellant.

HOLT and IRVINE, for Respondent.

(1) Le cessionnaire d'une créance qui, sans signification préalable du transport, intente une poursuite en recouvrement de cette créance, sera débouté de sa demande avec dépens, si le Défendeur offre de payer la somme réclamée et fait suivre ses offres de consignation. (*Paré* vs. *Dérousselle*, C. S., Québec, 9 avril 1850, DUVAL, J., et MEREDITH, J., 5 R. J. R. Q., p. 122.)

FEMME MARIEE.—RENONCIATION A SUCCESSION.—TESTAMENT.

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Québec, 20 décembre 1866.

Before DUVAL, Chief-Justice, MEREDITH, DRUMMOND, MONDELET and BADGLEY, Justices.

CREVIER DIT BELLERIVE *et al.*, Appellants, *and* ROCHELEAU *et al.*, Respondents.

Jugé : Qu'un contrat par une femme mariée, sans autorisation par le mari, donnée par l'acte même contenant le contrat, n'est pas valable. (1)

Les renonciations des enfants aux successions futures de leurs parents, valables et présumées faites pour l'avantage des héritiers, lient les parties renonçant. (2)

En principe les renonciations aux successions futures de personnes vivantes, sont inefficacés, si ce n'est dans les contrats de mariage.

Dans l'espèce, l'acte de donation et le testament faits par la testatrice déclarés nuls pour cause de captation et suggestion frauduleuses des parties réclamant les successions en vertu d'iceux.

Lesdites parties s'étant mises en possession de la masse desdites successions condamnées à rendre compte d'icelles.

BADGLEY, Justice : François-Xavier Crevier, Senior, and Marguerite Lefebvre-Lacroix, his wife, were *en communauté de biens*, and had five children of their marriage, François-Xavier, Pierre-Isidore, Louis-Isaïe, Marie-Josephte and Victorine. François-Xavier, junior, being about to marry, his parents intervened and became parties to his contract of marriage, dated in February, 1816, and therein declared that, *désirant l'établir* they give to him a farm land described in the contract and some moveables, stipulating, " laquelle " terre et articles seront pour tenir lieu de tous droits " tant d'hérédité que de légitime, que François-Xavier, ju- " nior, aurait pu avoir, prétendre et espérer dans les suc- " cessions futures de sesdits père et mère, auxquelles il re- " nonce de ce jour à toujours." Some years after that date, namely, on the fourth November, 1831, the father and mother, the latter duly authorized by her husband, did, by notarial act, declare, *que désirant procurer des établissements à leurs fils Isidore et Isaïe,* they give to Isidore three farm lands, and to Isaïe, four farm lands, all fully described in the *acte,* with all the moveables that the donors had or might have at the time of their decease to be equally divided between the donees, *à demande,* but establishing a community between them until division between them was made ; the consideration stated was the joint support of the doners during their lives ; and also the support of the niece of the donees, Julie

(1) V. art. 177 C. C.

(2) V. art. 658 C. C.

Montplaisir, *tant qu'ils voudraient la garder et l'entretenir*, with the further charge upon them to pay 48 *livres* to each of their sisters, in one year after the donors' decease, *laquelle avec ce qu'elles ont reçu en avance serait pour tous droits qu'elles auraient pu espérer par la succession des donateurs.* The donees entered into joint possession of the property as conveyed, they lived together until the death of Isaïe, and never made any partition of the property so given to them. The father died intestate in 1840, and on the 6th december 1842, Isaïe also died intestate and childless. Subsequently, by deed of donation *entre vifs* executed on the 6th March, 1843, the mother assuming to herself to control the entire of Isaïe's intestate estate, *désirant donner des marques d'amitié envers son fils Isidore*, gave him five farm lands described in the deed, *et tous et chacun des biens meubles appartenant à la donatrice, ce que dessus donné pour lui être échu par la succession de feu Isaïe, son fils décédé.* The consideration of this deed was her support, as in the *acte* of 1831, the payment to Victorine and Marie-Josephte as by that same *acte*, and further the payment of £18 to Julie Montplaisir, above mentioned, half in each year after that Julie shall have left the donor's service, *pour lui procurer un établissement, vu qu'elle a reçu des soins et des tendresses de sa part, et vu son infirmité.* Julie was deformed. Victorine and her husband, Montplaisir, the father and mother of Julie, and Marie-Josephte and her husband Rocheleau, all Respondents in this appeal, intervened and became parties to this last deed and confirmed it, *et pour assurer la propriété des biens sus-donnés audit Isidore, ils lui font cession et abandon de tous leurs droits, parts et portions, prétentions et réclamations mobilières et immobilières, fruits et revenus d'iceux, qui peuvent leur être échus ou pourront leur échoir à la suite, dans la succession dudit feu Isaïe, et aussi tous droits et prétentions qui pourront leur appartenir, ou pourraient leur être échus et devraient leur échoir par la suite, dans le douaire stipulé au contrat de mariage de leur père et mère, auxquels droits ils renoncent en faveur dudit Isidore, ses hoirs et ayants cause.* François Xavier, junior, also made a similar cession by an *acte* of March, 1843, and abandoned, in favor of Isidore, his claims and pretentions in the succession of their brother Isaïe, which he also renounces in favor of Isidore, and further renounces to the *douaire* of their mother, and to the estate of the deceased father. The effect of these renunciations by his sisters and surviving brother, coupled with their mother's conveyance to Isidore under her assumed right of being Isaïe's heir at law for *all* his succession, was to vest in Isidore all the moveable and immoveable property of their intestate brother, and to ren-

der Isidore the sole proprietor of what, up to that time, had been undivided property between these two brothers. Isidore died on the 3rd September 1853, being up to that time in possession of all the property given to himself and to Isaïe by their parents, under the act of 1831, and of all the properties subsequently acquired by themselves. Following the sequence of the documentary transactions in the cause, it appears that Isidore having also died intestate and childless, leaving his mother at a most advanced age, and his niece, Julie Montplaisir, behind him in his late residence where both had lived with his late brother and himself, and afterwards with him for many years, this very aged woman is alleged to have freely made two several *actes* before a subscribing notary and witnesses, both dated on the 7th of September, within four days after the death of Isidore, the former of which was an *acte de donation entre vifs*, whereby she gave and conveyed to Julie Montplaisir, and to her father and mother, the entire of her property moveable and immoveable, including therein the entire estate of Isidore, which she claimed to have a right to control and dispose of as his heir at law, and with all that had come to him from Isaïe, and the second, an *acte* of last will and testament by which she confirmed the gifts in the *acte* of donation. Neither the Rocheleaus, nor François-Xavier, junior, benefited by these *actes*. Julie Montplaisir married shortly after, but did not long survive her marriage. She died intestate and childless, and her parents took possession of her estate as her heirs, which covered in fact the estates of Isaïe and Isidore, and of the old woman all together, and such as the old woman was assumed to have given and conveyed to her by the donation *entre vifs* and last will dated the 7th of September, 1853. As might have been anticipated, the Montplaisir were not allowed to enjoy this property unmolested, because on the 15th of December, 1853, the Rocheleaus made due application for the interdiction of the old mother, and she was in consequence, after evidence adduced and judicial proceedings had, formally interdicted by judgment of 26th January, 1854. She died sometime afterwards. The Respondents, the Montplaisirs and Rocheleaus, concluding that it was for their interests not to litigate any longer, they finally came to a settlement of their conflicting pretensions respecting all the property held by the former, and agreed to divide the spoil between them. By a deed of transaction, dated the 15th May, 1857, the Montplaisirs transferred to the Rocheleaus a considerable portion of the personal and real property by them acquired in the manner above detailed. But these dispositions made by the old woman, and the agreements and compromises made by

Respondents, did not satisfy the representatives of François-Xavier, junior, who did not consider them just or equitable as to them, and were, therefore, driven to this action against Respondents, requiring them to account to them for the estates and property so held by them, at the same time demanding the nullity of the two *actes*, made by the old woman in 1853, and claiming their proper share in the estates: they further claimed by their declaration a variety of other matters to be done and performed by the Respondents, the most material of which are settled by the judgment now rendered. The issues offered by the contestation between the parties cover the various questions of the legality and validity of the renunciation by François-Xavier, junior, in his contract of marriage, in so far as his mother was a party thereto: the legal effect and validity of the mother's conveyance to Isidore of the entire estate, personal and real, *propre et acquêt* of Isaïe: the legal effect of the renunciation made in Isidore's favour, by his brother François-Xavier, junior, in respect of Isaïe's real estate: and the legal effect and validity of the mother's conveyance to Julie, and her father and mother, by the notarial *actes* alleged to have been executed by the latter, in 1853. By the judgment of this Court, these last notarial *actes*, made by the old woman, are declared to be null and without effect, having been obtained from her, by fraud and fraudulent suggestions practised upon her, by the Montplaisirs. That difficulty removed, the next one is, as to the effect of the renunciation of François-Xavier, junior, in the contract of marriage of 1816, in so far as it affects his mother's succession. Indeed, the whole contestation in this cause between the parties rests upon this renunciation, which is substantially set up by Respondents against Appellants' demand. Now, in the contract containing the renunciation, the father and mother intervened and were parties, but the mother was not authorized as required by law to stipulate and become a party to the contract; the contract was, therefore, a legal nullity, in so far as she was concerned, because she was not authorized to contract at all, and therefore, the renunciation by François Xavier, junior, as it affected her estate, was invalid and ineffective: "Car "l'autorisation maritale est de droit public, et la nullité des "actes dans lesquels cette formalité manque sera absolue et "pourra par conséquent être alléguée par tous ceux à qui "ces actes portent un préjudice quelconque. Telle est en "effet la maxime qui forme notre droit commun, et elle est si "constante, si absolue, que la femme elle-même ne peut pas "se prévaloir des actes qu'elle a fait sans autorisation, quoi-"qu'ils soient avantageux; en conséquence de ces principes,

" et que la Coutume de Paris exigeant pour les actes extra " judiciaires l'autorisation du mari, il faudrait pour les " rendre valables que le mari autorisât expressément sa " femme." (1) If the renunciation had been valid it might, other objections not prevailing against it, have availed to Respondents in support of their main contention with Appellants' action, because " de droit commun il suffit que la renon- " ciation soit faite en faveur du père ou de la mère qui l'a " stipulée, et que par cela seul qu'elle est faite en sa faveur, " elle est censée faite au profit de tous ses héritiers autres que " le renonçant." Apart from the foregoing governing principles, renunciations to future successions are not favored by the law, they have been exceptions established by jurisprudence: " En principe la renonciation à une succession future est con- " traire au principe qui rejette les conventions relatives à la " succession d'une personne vivante, et à celui qui ne permet " pas de renoncer à un droit non encore ouvert. Notre juris " prudence a néanmoins admis les renonciations de cette espèce " dans les contrats de mariage." But they are sustained in these contracts of marriage as regards females particularly for " ces renonciations ont particulièrement été autorisées " dans la vue de conserver les biens à la famille de celui à la " succession duquel on a coutume de faire renoncer les filles " en faveur des mâles. Cela se pratique ainsi pour que la splen- " deur du nom soit mieux soutenue." The ground taken in France for giving effect to such renunciations by a jurisprudential exception, and without which it would not have existed at all, has no standing room in this province in any way, and cannot prevail against the rigour of the legal principles above stated, and as being contrary to justice. But it must be borne in mind that the mother survived both the brothers, who died childless, and hence as settled by the law : " La renonciation à " une succession future demeure sans effet quand ceux au pro- " fit desquels elle est faite viennent à mourir avant que la " succession soit ouverte, et sans laisser d'enfants." The brothers of François-Xavier, junior, died before his mother's succession became open ; his sisters having no legal right to any advantages from his renunciation, it remained, of course, ineffective as regarded him and his heirs, there being none for whose profit it could bear any binding effect. Why so? Simply because the object of the law is : " de décider si la " renonciation à une succession future produit contre le renon- " çant un effet réel, c'est-à-dire, si elle le prive du droit effectif " de prendre en nature les biens auxquels il a renoncé, car de

(1) Guyot, Rept., vbo. Autorisation, p. 816 et seq., referring in support to Poulain du Parc, Lamoignon and Lebrun, who sustain him fully.

"droit commun les stipulations des contrats relatifs aux im-"meubles ont leur exécution en nature, un droit réel." The renunciation being invalid and ineffective in every way deprives Respondents of their really only ground of contestation against the *demande* of Appellants, whilst it leaves these *recti in curia*. These difficulties, then, being thus also removed, there only remains to ascertain what are the estates in which Appellants have successive rights? It seems to be admitted that the real property given to Isaïe and Isidore, by their parents, by the *acte* of 1831, were *propres* in those donees, and as such, therefore, clearly within the third share of Appellants. The several intestacies of Isaïe and Isidore necessarily, by law, cast their *meubles et acquêts immeubles* into the hands of their mother as their *héritière*, and her action with reference to Isaïe's *meubles et acquêts*, by which she legally assigned them to Isidore, accumulated into Isidore's hands, all his own and Isaïe's property, consisting of *meubles et acquêts immeubles*, which by the force of law fell to the mother by the death of Isidore himself; in all this mass also, Appellants have their one third successive rights. The judgment, therefore, decrees the nullity of the renunciation made by François-Xavier, junior, to his mother's succession, contained in his contract of marriage; the maintenance of the conveyance made to Isaïe and Isidore, by their parents, by the *donation* of 1831; the possession by Isidore, of his deceased brother, Isaïe's property, moveable and immoveable, as proprietor thereof; the inheritance in Isidore's *propres* by Appellants and Respondents, each for one third, and in his mother's inheritance of their *meubles et acquêts immeubles;* the nullity of the donation and last will dated the 7th September, 1853; the non disposal by the late Marguerite Lefebvre-Lacroix, of her estate at her decease, and the actual possession by Respondents of the succession of Isidore and of their late mother, and their liability to account to Appellants, for one third part in each. The judgment then orders Respondents to make an inventory of the estates in legal form and to account to Appellants, for all the said property moveable or immoveable, and failing Respondents to make inventory and to render account, the party failing to pay to Appellants £500. The whole with costs to Appellants in both courts. "The Court, 1° Considering that the renunciation by François-Xavier Crevier dit Bellerive, the younger, to the estate and succession of Marguerite Lefebvre-Lacroix, his mother, in his contract of marriage with Marie-Anne Toupin, executed before Dumoulin and his colleague, notaries, on the first day of February, 1816, to which contract, François-Xavier Crevier dit Bellerive, the elder, and Marguerite Lefebvre-Lacroix, his father and mo-

ther, intervened for the purposes therein contained, was absolutely null and void and of no binding legal effect as regards François-Xavier Crevier dit Bellerive, the younger, and as regards Appellants, his legal representatives, Marguerite Lefebvre-Lacroix not having been authorized, as required by law, to be or become a party to the said contract of marriage, nor to make the stipulations and agreements therein contained: 2° Considering that, by the act or deed of *donation entre-vifs*, executed before Craig and his colleague, notaries, on the 4th day of November, 1831, François Crevier dit Bellerive, the elder, and Marguerite Lefebvre-Lacroix did give and convey to their other two sons, Isaïe Crevier dit Bellerive and Isidore Crevier dit Bellerive, brothers of François Crevier dit Bellerive, the younger, and of Respondents, Marie-Josephte and Victorine Crevier dit Bellerive, *à titre universel*, in the portions and in the manner in the donation set forth, all the moveable and immoveable properties to them, the donors, generally belonging and appertaining at the date of the donation, with the stipulation therein contained, that the properties so given and the revenues thereof, should be held in common by and between the donees, did then and there jointly enter upon and take possession, and did jointly hold and possess the same as proprietors thereof: 3° Considering that François-Xavier Crevier dit Bellerive, the elder, deceased on the 15th day of July, 1840, intestate and without leaving any property whatever, and that Isaïe Crevier dit Bellerive, also deceased on the fourth day of December, 1842. intestate and childless, *sans hoirs de son corps, ni descendants de lui*: 4° Considering that, by the decease of Isaïe Crevier dit Bellerive, and by the effect of the renunciations to his estate and successions severally made in favour of Isidore Crevier dit Bellerive by François-Xavier Crevier dit Bellerive, the younger, by act or deed executed by him before Cadieux and his colleague, notaries, at Montreal, on the first day of March, 1843, and by Respondents in and by the said act or deed of donation executed before Craig and colleague, notaries, on the sixth of March, 1843, in favour of Isidore Crevier dit Bellerive, and by the effect of the donation in the last mentioned act or deed of donation contained, whereby Marguerite Lefebvre-Lacroix the therein donor, and by law the heiress, *héritière des meubles et acquêts*, of her deceased son, Isaïe Crevier dit Bellerive, assuming in and by the said act to be his general heiress, did give and convey to Isidore Crevier dit Bellerive, all the property and estate in general, moveable and immoveable of Isaïe Crevier dit Bellerive, including therein his said *meubles* and *acquêts*, Isidore Crevier dit Bellerive, then and there, by the effect of the premises did become the

legal possessor of all and every the estate and effects, and of all and every the property moveable and immoveable of Isaïe Crevier dit Bellerive, and did thenceforth, hold and possess the same as the absolute proprietor thereof: 5° Considering that, by the decease of Isidore Crevier dit Bellerive, on the third day of September, 1843, intestate and childless, *sans hoirs de son corps, ni descendants de lui*, and by law Appellants and Respondents became and were his heirs and legal representatives, each for one third part of the *propres* of his estate and succession, and also Marguerite Lefebvre-Lacroix, his mother, became and was his heiress, *héritière*, of the *meubles* and *acquêts* of his estate and succession: 6° Considering that the said several *actes* or deeds of donation, in favour of Julie Montplaisir and of Paschal Montplaisir and Victorine Crevier dit Bellerive, his wife, two of Respondents, the father and mother of Julie Montplaisir, and also the said *acte* or last will and testament, the said *actes* or deeds of donation last referred to and the said last will and testament, purporting to have been made and executed by Marguerite Lefebvre-Lacroix, before Craig and witnesses, on the seventh day of September, 1853, were so executed simultaneously, at the same time and place, and before the same notary and witnesses, and were so severally made and executed by and through and in fraud of Appellants, and by the captation and suggestions of the donees to be benefited thereby; and when Marguerite Lefebvre Lacroix, from her advanced age, was imbecile and unable to direct and govern her own affairs: 7° Considering that for the causes aforesaid, and by and upon the demand of Appellants in their declaration set forth, and also as demanded in and by their answer and replication, *réponses et répliques* to the *exceptions perpétuelles péremptoires en droit* to the pleas of Respondents, the said several *actes* or deeds of donation last referred to, and the said last will and testament, both purporting to have been so severally executed by Marguerite Lefebvre-Lacroix, are and are declared to be, null and void, and are and should be of no effect against the Appellants: 8° Considering, therefore, that the estate and succession of Marguerite Lefebvre-Lacroix, at her decease, on the eleventh day of August, 1855, was not legally disposed of and was intestate, and that Appellants and Respondents were by law her heirs and legal representatives, each for one third part of her estate and succession: 9° Considering that, by the decease of Julie Montplaisir, on the seventeenth day of January, 1857, *intestate* and *sans hoirs de son corps, ni descendants d'elle*, Paschal Montplaisir and Victorine Crevier dit Bellerive, his wife, her father and mother, became and were her legal heirs and repre-

sentatives, and that under and by virtue of the said last recited *actes* or deeds of donation so made in her and their favour, and under and by virtue of the said last will and testament, and further under and by virtue of the said *acte* or deed of transaction, executed before Guillet and his colleague, notaries, on the fifteenth day of May, 1857, between Respondents, Paschal Montplaisir and Victorine Crevier dit Bellerive, his wife of the one part, and George Rocheleau and Marie Crevier dit Bellerive, his wife, of the other part, for the division and settlement between them, of the properties and effects mentioned and referred to in the recited deeds of donation and last will, they, Respondents, did acknowledge to have entered into and taken possession in manner in the said *acte* or deed of transaction mentioned and detailed, of the said estates and successions of Isidore Crevier dit Bellerive, and of Marguerite Lefebvre-Lacroix and of all and every the moveable and immoveable property and effects to the said estates belonging to the exclusion of Appellants and of their rights therein: 10° Considering that Respondents are, therefore, liable to render and restore to Appellants, their one third part or share in the *propres* of the said estate and succession of Isidore Crevier dit Bellerive, and their one third part or share of the general estate and succession of Marguerite Lefebvre-Lacroix, and also to render to Appellants an account of the said estates and successions so by them possessed: 11° Considering that, in the judgment rendered by the Superior Court of Lower Canada, sitting in the district of Three-Rivers, on the 13th of December, 1860, there is error, and proceeding to render the judgment which the Superior Court ought to have pronounced: This Court doth adjudge and order that, for the considerations herein before mentioned, and for the purpose of settling and establishing the estate of Isidore Crevier dit Bellerive and Marguerite Lefebvre-Lacroix, between the parties, Appellants and Respondents, and according to their herein before declared portions or shares therein respectively, an inventory, in due form of law, shall be made by the said parties, of the said last mentioned estates and successions, by some competent notary public, for that purpose to be nominated and agreed upon by the said parties jointly, and upon their failure or disagreement to make such nomination, then by the resident Judge of Three-Rivers, in the hands of which said notary, for the purposes of the said inventory, shall be placed and deposited all the vouchers, papers and documents in the possession of any of the said parties having relation to the said estates, and for such purpose, the said notary shall have access to the papers, documents and exhibits of record in this suit: And it is ordered that a copy

of the said inventory shall be filed of record in this cause, by the said notary, to be thereupon proceeded and acted upon as may be required according to law, and further, Respondents, severally, are adjudged and ordered to make and render to Appellants a just and true account under oath in due form according to law, of all and every the property, moveable and immoveable, by them received and had of and from the said last mentioned estates and successions, and of all the rents, issues, interests and profits thereof or therefrom, from the time of their severally receiving or taking possession of the same or any part thereof: And upon failure by Respondents or either of them, to wit, Paschal Montplaisir and Victorine Crevier dit P rive, his wife, and of George Rocheleau and Marie Crevier, his wife, to make such inventory or to make or render to Appellants such account, such as shall be in default of so doing, shall be and are hereby adjuged and condemned to pay to Appellants the sum of £500 with interest thereon from this date: And this Court doth reserve to Appellants their right to *débattre* the said account and to take such other and further conclusions in the premises as they may be advised and as shall be according to law, after the filing of the said inventory and the making and rendering of the said account: And it is ordered that the said inventory shall be filed in this cause, and the said accounts shall be made and rendered within two months after this date. *Dissentiente* the Honorable the Chief-Justice upon one point only. (16 *D. T. B. C.*, p. 328.)

BARNARD, for Appellants.

LORANGER and LORANGER, for Respondents.

CORPORATION MUNICIPALE.—EXPROPRIATION.

SUPERIOR COURT, IN REVIEW, Montreal, 31 mars 1866.

Before BADGLEY, BERTHELOT and MONK, Justices.

DEAL, Plaintiff, *vs.* THE CORPORATION OF THE TOWN OF PHILLIPSBURG, Defendants.

Dans une action contre une municipalité locale pour trouble résultant de prise de possession d'une partie de la terre du Demandeur pour y faire un chemin, et pour dommages en conséquence.

Jugé: Qu'une municipalité ne peut éviter sa responsabilité en invoquant un procès-verbal d'un conseil de comté dûment homologué, ordonnant la confection d'un chemin; en autant qu'une évaluation de la compensation qui devait être payée au Demandeur, propriétaire du terrain, n'avait pas été faite en conformité à l'acte des municipalités et

des chemins du Bas-Canada, sec. 50, et qu'en prenant ainsi possession, un trouble avait été causé au Demandeur et que la municipalité était responsable en dommages. (1)

This cause came up for review from final judgment rendered on the 24th of October, 1865, in the Superior Court, at Nelsonville, JOHNSON, Justice, which dismissed Plaintiff's action. The action was brought complaining of a *trouble* by Defendants in entering upon Plaintiff's land, praying that Defendants be condemned to desist from the *trouble* and to pay $400 damages. The first plea set up a *procès-verbal* of the county council of the county of Missisquoi, establishing a road across Plaintiff's land; that the making of part of this road devolved upon Defendants, who had entered upon Plaintiff's land under the authority of the *procès-verbal* and were not liable to Plaintiff. 2nd plea, general denegation. To the first plea, Plaintiff filed a special answer, setting up the nullity of the *procès-verbal*, and that even if it had been regular and legal, it could not vest Plaintiff's land in Defendants until the formalities of the municipal act, sec. 50, sub-secs. 1 to 9, had been complied with, and Plaintiff compensated for his land, or until a report had been made by the valuators determining that he was not entitled to any compensation. A demurrer was filed by Defendants to this answer, on the ground that Plaintiff was bound to seek redress under the prerogative writ act, or to have taken other direct proceedings to have the *proces-verbal* set aside. This demurrer was dismissed by MCCORD, Justice, and on the merits, judgment rendered dismissing the action on the ground " that Defendants had proved the material allega-" tions of their first plea." Grounds urged by Plaintiff at the hearing in review : 1° The notices were not read at the church door of St. Armand, sec, 6, and were not certified under oath as required by sec. 9, municipal act. 2° *Procès-verbal* did not state whether road was to be a front road, or a by-road, sec. 40, sub-secs. 5 to 11 ; sec. 45, sub-sec. 4, and was not homologated at a special session as required by sec. 46, sub-sec. 10, and was amended and the road widened by same proceeding, whereas it could only be amended by a new *procès-verbal*, sec. 45. 3° Parties interested not heard ; sec. 46, sub-sec. 16. 4° County council had no jurisdiction, as the whole of the road lay within the parish of St. Armand West, and did not lead from one county to another. 5° Non compliance with sec. 50, sub-secs. 1 to 9, as to compensation for road, or report of valuators that no compensation was due. 6° The 71 sec. of the act as to formalities did not apply, as this was an action at com-

(1) V. art. 902 et suiv. C. M.

mon law and under the act. (1) Points urged in review by Defendants: 1° Only two notices were necessary, first, of superintendent's *visit*, which was not ordered by Council, and

(1) Autorités citées par le Demandeur :

Un actionnaire dans une société par actions peut intenter une action en reddition de compte contre la corporation et contester, dans cette poursuite, la validité d'un règlement passé par le bureau de directeurs. (*Kerr* vs. *Cie d'assurance contre l'incendie de Québec*, C. B. R., *Québec*, 20 octobre 1830, Sewell, J. en C., 1 R. J. R. Q., p. 339.)

Les baux de la Couronne pour 21 ans ont l'effet d'opérer, en faveur du preneur, la translation de la propriété ; en conséquence, l'immeuble détenu sous un tel bail est sujet aux taxes imposées par la municipalité dans laquelle il est situé, à moins qu'il n'en ait été exempté par quelque loi spéciale. (*Gould* vs. *Cité de Montréal*, C. B. R., *Montréal*, 1er décembre 1858, Lafontaine, J. en C., Aylwin, J., *dissident*, Duval, J., et Caron, J., confirmant le jugement de C. S., *Montréal*, 30 avril 1858, Badgley, J., 2 J., p. 260, et 3 J., p. 197.)

La cour peut considérer si un règlement est légal ou non sur une motion qui a pour objet de faire annuler la décision rendue en vertu de ce règlement. Un règlement, imposant une pénalité et l'emprisonnement à défaut de payement de la pénalité, est *ultra vires*, si la loi n'autorise que l'imposition d'une pénalité ou l'emprisonnement. (*Rudolph*, *Ex parte*, requérant *Certiorari*, et *les Commissaires du Havre de Montréal*, C. S., *Montréal*, 30 décembre 1859, Day, J., Smith, J., et Mondelet, J., 5 R. J. R. Q., p. 424.)

Aux termes de l'acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada, un conseil municipal ne peut adjuger publiquement, au rabais, les travaux des chemins, que les propriétaires de terres sises dans la municipalité sont tenus d'exécuter eux-mêmes, ni faire vendre, après avis dans la Gazette du Canada, mais sans autre procédure judiciaire, lesdites terres pour payer le coût de la confection desdits chemins. Si, dans ce cas, un conseil municipal ne suit pas exactement les dispositions de la loi, le propriétaire lésé peut, par action négatoir, faire annuler les procédures adoptées par ledit conseil. (*McDougall* et *Municipalité de la paroisse de Saint-Ephrem-d'Upton*, C. B. R., *Montréal*, 7 juin 1861, Lafontaine, J. en c., Aylwin, J., Duval, J., Meredith, J., et Mondelet. J, infirmant le jugement de C. S., *Saint-Hyacinthe*, 25 janvier 1860, McCord, J., 9 R. J. R. Q., p. 185.)

La corporation de la cité de Québec ne peut, par règlement, imposer une taxe sur l'eau dans un quartier quelconque de la cité, avant qu'elle ne soit prête à fournir un approvisionnement régulier d'eau pure et salubre aux résidents des quartiers qu'elle aurait soumis à cette taxe. (*Dallimore*, *Ex parte*, Requérant sur *certiorari*, C. S., *Québec*, 4 mars 1861, Taschereau, J., infirmant le jugement de la Cour du Recorder, 9 R. J. R. Q., p. 475.)

Dans l'affaire de la *Corporation du comté d'Yamaska*, Appelante, et Rhéaume, Intimé, ce dernier était, depuis longtemps, propriétaire en possession de la moitié d'un lot situé dans la seigneurie de la Rivière-David, lorsque l'Appelante fit vendre cette moitié de lot pour recouvrer quatre-vingt neuf cents d'arrérages de cotisation dus à la municipalité scolaire de la paroisse de la Rivière-David par Pierre Fafard dit Delorme. Thérien, à qui la propriété fut adjugée, voulut, de suite et de sa propre autorité, en prendre possession. Rhéaume, troublé dans sa possession, intenta une action en complainte contre Thérien, l'auteur du trouble, lequel assigna en garantie l'Appelante qui opposa à l'action de l'Intimé que Thérien avait acheté l'immeuble en question pour $5.89 payés au secrétaire-trésorier qui avait fait la vente ; que cette vente avait été précédée et accompagnée des formalités exigées par la loi ; que Thérien, ayant pris possession en vertu de cette vente, l'Intimé ne pouvait l'en déposséder qu'après avoir obtenu un jugement déclarant la vente nulle ; qu'en conséquence sa demande était mal fondée. L'Intimé répliqua que la vente faite à Thérien n'avait pas été accompagnée des formalités exigées par la loi ; qu'il n'avait jamais été requis par un avis spécial de payer la somme réclamée par la municipalité scolaire, quoiqu'il fût à la connaissance du conseil municipal de la paroisse de la Rivière-David, qu'il était propriétaire et en possession

therefore not require · (1) second, of meeting of Council for revision of report of special superintendent. The Plaintiff presented a petition at this meeting, opposing the homologation of the report. The notices were read at St. Paul's church, the parish church of St. Armand West, although within a village municipality. 2° Homologation at a special session. The statute is only directory, and if no special session was held the *procès-verbal* was homologated " by remaining deposited in the " office of the Council, without having been homologated or " amended, for 30 days after the time when such special sess-" ion was, *or should have been, held.*" 3° Jurisdiction of Council. The road was partly in the municipality of the village of Phillipsburg and partly in the parish of St. Armand, therefore it had jurisdiction. 4° The road did not, it is true, *vest* in the Council till compensation was paid, but the statute does not require compensation to be paid *before entry*, rather the

de l'immeuble en question ; qu'il résidait dans la municipalité de la paroisse Saint-David et qu'il y possedait des biens meubles qui devaient être saisis et vendus avant ses immeubles. La Cour Supérieure maintint l'action, décidant que Rhéaume était le légitime propriétaire et en possession de l'immeuble désigné dans la déclaration et que la vente et l'adjudication dudit immeuble n'avait pas été précédée et accompagnée de toutes les formalités requises par la loi à l'égard d'un contribuable résident dans la localité. Sur appel, la Cour du Banc de la Reine, à *Montréal*, (LAFONTAINE, J. en c., AYLWIN, J., DUVAL, J., MEREDITH, J., et MONDELET, J.), a, le 2 décembre 1861, confirmé le jugement de la Cour Supérieure. (11 R. J. R. Q., p. 208.)

Dans une action pétitoire intentée par l'acquéreur d'un lot de terre à une vente pour taxes municipales contre le possesseur de ce lot, un plaidoyer alléguant que le Défendeur était en possession dudit lot en vertu d'un billet de location de la Cie des Terres de l'Amérique Britannique subséquent au titre du Demandeur ; que la Cie avait possédé ledit lot à titre de propriétaire pendant plus de dix ans ; qu'aucune taxe n'était due sur ledit lot à l'époque de la vente pour taxes, la Cie les ayant toutes payées ; que le rapport fait au secrétaire-trésorier que des taxes étaient dues sur ledit lot était erroné et que le Demandeur avait obtenu son titre dans les deux années accordées par l'Acte Municipal pour racheter les lots vendus pour taxes, sera maintenu. La sous sec. 8 de la sec. 64 du ch. 24 des S. R. B. C., qui se lit comme suit " Et considérant qu'il s'est élevé des doutes quant au mode de procéder que devrait adopter toute personne dont la propriété a été illégalement vendue pour des taxes en vertu des dispositions dudit acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada de 1855, et des actes qui l'amendent, il est par le présent déclaré et décrété : — que nul acquéreur de terre n'a été, ni n'est, en vertu desdits actes, ni ne sera en vertu du présent acte, exposé à en être dépossédé, avant que jugement ne soit ou n'ait été prononcé par une cour compétente contre la municipalité dont le secrétaire-trésorier a reçu, ou avait droit de recevoir le prix d'acquisition ordonnant à telle municipalité d'en faire la remise, avec ou sans dommages, ou déclarant nulle et de nul effet la vente ainsi faite — ne s'applique qu'aux adjudicataires en possession de lots qui sont poursuivis relativement à ces lots, et non aux adjudicataires cherchant à obtenir possession des terres qu'ils ont achetées à des ventes pour taxes. (*Morkill* vs. *Heath*, C. S. R., *Montréal*, 31 mai 1865, BADGLEY, J., BERTHELOT, J., et MONK, J., infirmant le jugement de la Cour Supéreure, *Sherbrooke*, 14 R. J. R. Q., p. 61). Voir aussi la cause de la *Corporation du comté de Verchères* vs. *Bouthillet*, *suprà*, p. 137 et 6 R. J. R. Q., p. 409.

(1) Municipal Act, sect. 45.

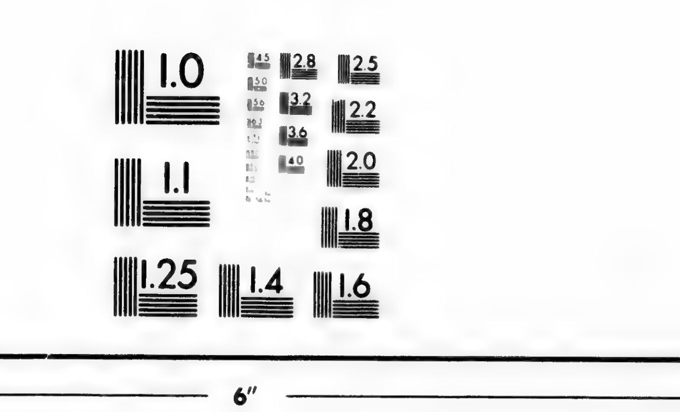
reverse. (1) This is in conformity with the statutes for forming companies for the improvement of rivers, railway companies' acts, where an entry is permitted before payment for the land taken. 5° The Defendants were bound to make the road, but the corporation of the parish of St. Armand, Plaintiff's parish, in which he was a councillor, was bound to pay for the land, and proceedings should have been adopted to enforce payment, so as to compel that parish to proceed as directed in sec. 50.

BADGLEY, Justice: Although a variety of objections had been urged against the regularity of the proceedings in laying out and making the road, it was unnecessary for the Court to decide *seriatim* upon them all. One thing was to be noticed, namely, that the 71 sec. of the municipal act, which states that " no objections of mere form or founded on the omission " of any formality shall be allowed to prevail in any action, " suit or proceeding under this Act, unless substantial injus- " tice would be done by not allowing such objection," is only applicable to matters of mere form, and not to matters affecting the substantial rights of parties. This Court held that under the 50th section of the municipal act, Plaintiff was entitled to have compensation for the land taken, or that it should be determined, as required by law, that no compensation was due. The local council in proceeding without any valuation, and without the certificate of value having been delivered to the secretary-treasurer, went too fast. It was on compliance with their requirements that the road was vested in the municipality, and the Plaintiff was well founded in his action. The settlement of the compensation for land taken, should have preceded the entry, the amount of the compensation, if any, should have been fixed, and Defendants had no legal authority to make the road until this was done. The judgment must therefore be reversed:

Judgment in review: " Considering that all and every the objections severally set forth and contained in Plaintiff's special answer, filed to Defendant's plea to Plaintiff's action, and also, severally taken by Plaintiff in his *factum*, in this Court, against the said judgment, save in the special particular objection hereinafter stated and mentioned in the said special answer, and factum, are not founded and should be set aside: Considering that the said special and particular objection alone is well founded, to wit: that no estimation had been made in the manner and according to the provisions of the statute in that respect, of the value of the piece of land belonging to Plaintiff, required for the making of the road,

(1) See sect. 50, sub-secs. 4, 9, 10, and 25 Viet., cap. 14, sect. 2.

IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)



Photographic Sciences Corporation

23 WEST MAIN STREET
WEBSTER, N.Y. 14580
(716) 872-4503

whereby to authorize Defendants to enter upon the said parcel of land, and to commence operations thereon, for the making of the road: Considering that without such previous observance of the requirements of the statute, Defendants did enter upon the said piece of land, and commenced their operations thereon, without legal authority, and Plaintiff did thereby suffer damage to the amount of twenty-five dollars, this Court doth revise the judgment and maintain Plaintiff in the possession of the lot, and condemns Defendants to cease to molest Plaintiff and to pay $25, &c." (16 *D. T. B. C.*, p. 342, et 2 *L. C. L. J.*, p. 40.)

O'Halloran & Baker, for Plaintiff.

Roberts, for Defendants.

ENDOSSEMENT D'UN BILLET EN BREVET.

Circuit Court, Montreal, 30 avril 1866.

Before Badgley, Justice.

Brunet, Plaintiff, *vs.* Lalonde *et al.*, Defendants.

Jugé : Qu'un billet en brevet payable à A. B., à ordre, ne peut être endossé par un endossement en blanc

Il semble : Qu'il peut être endossé par endossement spécial.

This was an action brought to recover $60, amount of a note or obligation passed before notaries, *en brevet*, signed with a cross by Lalonde, one of the Defendants, in favor of Elzéar Labelle, advocate, or order, the other Defendant, by whom it was also signed and indorsed in blank to Plaintiff. Protest was made in the form usual in cases of promissory notes. The plea firstly pleaded was to the effect that the note was not legally transferred to Plaintiff, the endorsement being in blank and without date.

Badgley, Justice, said that an instrument of this kind, *en brevet*, had been held by the Court of Appeals, in a case of *Séguin* and *Langevin*, to be a promissory note. It was not however a promissory note under the statute, and it could not be transferred by an endorsement in blank. (1) He had no doubt it might be legally transferred by indorsement in full. Action dismissed. (16 *D. T. B. C.*, p. 347.)

Brunet, for Plaintiff.

Bélanger and Desnoyers, for Defendants.

(1) Un billet promissoire en brevet devant notaire, payable à l'ordre du créancier, peut être transporté par endossement. (*Morin* vs. *Legault dit Deslauriers*, C. C., 17 février 1859, Smith, J., 7 R. J. R. Q., p. 360.)

SUBSTITUTION.—REGISTRATION.

COURT OF QUEEN'S BENCH, In Appeal from the Superior Court, District of Montreal, Montreal, 9th june, 1868.

Coram DUVAL, C. J., CARON, J., DRUMMOND, J., BADGLEY, J.

ISABELLA MACINTOSH *et al.*, Plaintiffs in the Court below, Appellants, *and* THOMAS BELL, Defendant in the Court below, Respondent.

Held: 1o. That the sale made of a substituted property for debts created by the author of the substitution, or for other debts or charges anterior to the substitution, is a valid sale, and purges the substitution.
2o. That the institute can legally become purchaser of the property *délaissé* by him for the debts of his *auteur*.
3o. That registration of substitutions only became law in 1855, 18 Vict., Cap. 101, and previous registration would not avail.

By their declaration Plaintiffs alleged that, on the 14th of March, 1865, they sold at public auction (John Leeming & Co., auctioneers) to Defendant a certain immoveable property described and situated in Montreal, for £1325, one forth to be paid in cash on passing of the deed, the balance in four annual instalments, interest at 7 per cent. &c.; that an agreement in writing to that effect was signed, in which it was stipulated that the deed of the sale should be executed on or before the 24th March, 1865; that Defendant had since refused to carry out the agreement and to execute a title deed, although, on the 15th of May, 1865, Plaintiffs, through Stuart, N. P., tendered a title deed to him duly signed by them. The Plaintiffs prayed *acte* of their willingness to deliver possession of the premises, and that it be declared that the agreement of purchase was in full force and obligatory on Defendant; and that he be ordered to pay Plaintiffs $1325, one fourth of the purchase, with interest at 7 per cent., from 15th May, 1865, and within a delay to be fixed by the Court, ordered to sign and execute a title deed of the property, subject to the conditions of the agreement, &c., and in default of so doing, the judgment of the Court avail as title deed to the property, &c. Defendant pleaded that, by the memorandum in writing, of the 14th March, 1865, it was, amongst other things, stated, that the property consisted of "a two-story cut stone house, "belonging to *the heirs late Peter MacIntosh*," and that "*the* "*title is from the Sheriff to the present owner by whom a* "*warranty deed will be given*;" that the property so described as "belonging to the heirs MacIntosh" is part of the real estate which belonged to Peter MacIntosh, and which, by his will, before Doucet, &c., of 10th November, 1832, he gave and bequeathed *not* in full and absolute property to his heirs,

to wit, " his children then born and to be born," but did, by his will, burthen the said property with substitution thereof after the death of his daughters, to wit : Isabella and Frances MacIntosh, *two of the Plaintiffs* ; and that the property was not therefore, as falsely alleged in the memorandum in writing the absolute property of the heirs of the late Peter MacIntosh, and could not therefore, be legally sold as such by them ; that as to the share of his daughters, to wit : *the said Plaintiffs*, Peter MacIntosh declared it to be his will, that the same be invested in landed property, " *including* the house and premises I now possess and occupy in the " City of Montreal at the foot of " the current St. Mary's " (to wit, the property in question), " which will make part of their lot, and for which they will " account to my other legatees after the evaluation of three " disinterested persons named by my executors, or by the ad- " vice of seven friends and relatives, homologated by the com- " petent authorities at the ti e in case my executors should " disagree or should have departed this life." " And I expressly " forbid that any part of the shares of my said children, be- " ing daughters, be in any wise engaged, *aliened*, attached or " otherwise diverted from the intention I have to leave the " shares of my daughters for their support, their education " and *the education of their children, to whom I substitute* " *the said property after their death.* I also expressly forbid " that any part of the said property make part of matrimonial " conditions, and that they will enjoy, manage, receive rents " and do all things thereto relative, without the control, au- " thorization or participation of their said husbands respecti- " vely." " I appoint *the said Patty Bent*, my wife, Neil Mac- " Intosh, my brother, and Robert Morris, my friend, to be " the executors of this my last will and testament, and I re- " voke all former wills or codicils I may have made previous " to the date hereof ; ' That the will of Peter MacIntosh was enregistered in the Registry Office for the County of Montreal, *the 3rd September*, 1844 ; that Plaintiffs, Isabella and Frances MacIntosh, upon the death of their father, Peter MacIntosh, which took place in 1833, accepted the estate so bequeathed to them by his will, with substitution in favour of their children, and entered into possession thereof under the restrictions of his will as to alienations, substitutions, &c., and that, having so acquired it, they could not alienate or divert it, &c., and that neither at the date of the said memorandum in writing, nor at any other time, had they any legal right or title in and to the said property, to sell and dispose of it, or to authorize John Leeming & Co. to sell the same by auction as belonging to the heirs of Peter MacIntosh ; that as to the allegation of Plaintiffs' declaration, that at the

date of the memorandum in writing Plaintiffs were seized as proprietors of the property in question as having acquired the same by Sheriff's sale on 9th November, 1857, for $800; that that pretended acquisition by them under Sheriff's title was made under a previous concerted arrangement between them and their mother, Patty Bent, after she became the wife by her second marriage with James Court, solely with a view to relieve the said property from *the burthen of the substitution to which it was subject under the will of their father, Peter McIntosh, and without any necessity existing by reason of any indebtedness of Peter MacIntosh to sell the same, the estate of Peter MacIntosh being amply sufficient to pay all debts, independent of the said property, &c.*; that, under that concerted arrangement, an action was brought in the name of their mother, Patty Bent, and James Court against Plaintiffs, Isabella and Frances MacIntosh, for a debt for which they were personally bound and which had commenced to accrue more than 13 years after the death of their father and their acceptance under his will, in which action they allowed a judgment to be rendered under which they permitted the property to be seized and sold and, at the sale thereof by the Sheriff, they became nominally the purchasers *and bought in the same for* £200, when it was well known by Plaintiffs and Patty Bent and James Court that the property *was worth more than* £1,000; that, in fact, had it not been that it was represented at the Sheriff's sale that the sole object of the parties was to purge the property of the substitution and buy it in for themselves, it would have sold for over £1,000; that, by the inventory taken by Patty Bent at the death of Peter MacIntosh, the property in question was inventoried and valued at more than £1,000; that, moreover, if the property had been brought to sale without any such concerted arrangement existing, yet there was no necessity for Plaintiffs to permit the property to be sold; and in becoming the purchasers, being the natural guardians of their children, the *substitués* under the will, and the legatees in trust of the property for their children, bound to watch over and protect their interests, Plaintiffs could acquire under the pretended Sheriff's title no greater right or title to the property than they previously held under the will. The Defendant therefore prayed that the Plaintiffs' action might be dismissed, with costs. Plaintiffs answered 1st. That, by marriage contract between Peter MacIntosh and Patty Bent, made on the 4th of March, 1825 (long previous to the making of the will creating substitution), Peter MacIntosh granted to Patty Bent an annuity of £25, during her life, to be paid by half yearly instalments of £12 10, and to secure

payment of the same, hypothecated all his estate, real and personal. That this marriage contract was duly registered in the registry office, at Montreal, on the 3rd September, 1844. That, in a suit in the Superior Court, on the 28th February, 1857, it was adjudged that a lot of land, the same as in question in this cause, was charged and hypothecated for the payment of the sum of £250. with interest from the 11th January, 1827, the sum of £250 being ten years arrears of an annuity of £25, created in favor of Patty Bent, under her contract of marriage, and Defendants were jointly condemned to pay the said sum, unless they chose rather to quit and deliver up the lot to be sold in due form of law. That they did, on the 16th April, 1857, make a *délaissement* of said property. That. under said judgment said land was. in due course, sold by the Sheriff to the now Plaintiffs and Plaintiffs' title under which they sold the same to Defendant is the title so acquired by them from the Sheriff under the said judgment. That said debt, for the payment of which the property was sold, being a debt created by Peter MacIntosh long anterior to the disposition of his last will, the purchase by Plaintiffs of said property, in the possession of a curator, from the Sheriff, was a just and lawful purchase, and cannot be disturbed. The Court dismissed Plaintiffs' action the 31st March, 1866, MONK, J. Here follow the remarks and the judgment of the learned judge in the Court below.

MONK, Justice, held that Defendant had good cause to fear trouble from the substitution set up as existing under the will of Peter McIntosh; the adjudication to the now Plaintiffs of the property in question for $800 was to get rid of that substitution. The Defendant set up this as cause for not taking a deed. He did not ask for security nor did Plaintiffs offer to give any, and the Court had no authority under these circumstances to order security to be given or received. There was another point connected with the form of action which prevented a judgment from being rendered, to the effect that Defendant should take a deed on getting security; the Plaintiffs' declaration prayed for an immediate condemnation against Defendant for the one fourth of the *prix de vente*, which was payable in cash on the passing of the deed. This could not be given without security. There being just ground of fearing a trouble, Defendant was entitled to demand security before being condemned to pay the price. He did not think that under the issues raised, he could order security to be given, and he could not condemn Defendant to pay the price without security. He therefore held that the action must be dismissed. JUDGMENT: "Considering that, in and by their action and *demande*, Plaintiffs seek not only that Defendant be con-

demned to take the title by them tendered, but also that he be adjudged and ordered to pay them the sum of $1325, being the first instalment of one fourth part of the purchase money for the lot of land and premises purchased by Defendant, with interest thereon from 15th May, 1865, until paid: Considering that Defendant, by the facts disclosed by the evidence adduced, has just cause to fear that he will or may hereafter be troubled by a revendicatory action, or otherwise, by and on behalf of the *appelés* to the substitution created by the last will and testament of Peter McIntosh: Seeing that Defendant has not demanded security against the consequences of such trouble, and that Plaintiffs have not offered or tendered such security. Considering that the court hath not the power to order such security under the issues joined; and seeing finally that Defendant cannot by law be compelled to pay the sum of $1,325 and interest, until and after the security be given and that consequently no condemnation for the payment of the same can legally issue or be given doth dismiss Plaintiffs' action, &c."

TORRANCE, Q. C., for Appellants, said: The issues may be fairly raised by one concise question, viz: was the property in question charged with any substitution having legal effect under the will of Peter MacIntosh? Reference to the law as existing between the time of the death of Peter MacIntosh in 1833, when his will came into operation, and 1855, when the law was changed, will shew that the question as above must be answered in the negative, and that the substitution clause in the will never took effect. According to the law between 1833 and 1855, in order to give effect to the rights of *substitués* under an *acte*, it was absolutely necessary that the *acte* should be *insinué* and published in open court. No other formality could take the place of this. Registration would not do, for the law did not prescribe or recognize it. The statute substituting registration for insinuation and publication only came into force on 30th May, 1855. 18 Vic., c. 101; Consol. St. L. C., cap. 37, sec. 29. Up to that time, the will had never been insinuated, and since the passing of the Act it has never been registered. The will was registered in 1844, but that formality could not avail to protect the rights of parties claiming to be *substitués*, as the law then declared insinuation and publication necessary. The Defendant cannot even urge the lame defence that parties pretending to be *substitués* can say that they remedied the defect of non-insinuation and publication by registration after the Act of 1855 came into force, for the will has never since been registered. The registration of 1844 cannot be declared to have been done under the Act of 1855. It seems certain then that

the substitution clause never had any legal or binding effect, and that Plaintiffs as legatees of their father, even without the Sheriff's deed, which they subsequently acquired, had a good and absolute title. Consequently, from this point of view alone, the judgment appealed from is bad and ought to be reversed. Again, supposing for argument's sake all formalities complied with, the substitution which otherwise might have been in force ceased to have effect, owing to the fact that the property was sold under a judgment obtained by Patty Bent, the wife of the testator, for an annuity settled upon her by marriage contract made in 1825, registered in due course, creating a prior hypotheque upon the property, for the annuity. In these two ways then Plaintiffs submit they have demonstrated that the property never was charged with substitution. 1st. Because of want of formality in the substitution, by non-insinuation of the will. (1) 2nd. Because the property was sold to satisfy a prior charge. It was pretended at argument by the counsel for Defendant, that the sale under the judgment of Patty Bent to Plaintiffs was made for the purpose of defeating the intention of the testator and purging the property of the charge of the substitution, but the very reverse appears by the evidence. It is expressly declared in the will of Peter MacIntosh that the shares of his daughters were for their support and education, as well as for that of their children; but Court and Watt, in their depositions, state that the property, owing to its position, was unproductive and quite inadequate to the support of the children. All interested were agree that it would be much more advantageous for them to sell the property and invest the money more remuneratively. Any one acquainted with the city is well aware, that when the testator made his will, property in the east was much more valuable than now, for it was then in the centre of the city. The tide of building has long since gone westward, and property in the east has deteriorated. The sale therefore was manifestly carried out, in the spirit of the will, in order of the support of the testator's daughters. It was made in the utmost good faith, in the belief that the testator

(1) AUTHORITIES ON BEHALF OF PLAINTIFFS: 1. That registration of substitutions only became law from and after 1855; 18 Vic., cap. 101; Con. Stat. L. C., cap. 37, sec. 29. 2. That the sale made of a substitated property for debts created by the author of the substitution, or for other debts or charges anterior to the substitution, is a valid sale, and purges the substitution: Ricard, T. 2, p. 493-4; Guyot, Rep. de Juris, *vo.* Substitution, sec. 27, § 2, p. 527; Denisart, *vo.* Substitution, No. 99. 3. That Plaintiffs could legally become purchasers of the property *délaissée* by them: Nouv. Pigeau 2, 138. 4. That it was of no consequence whether the property was sold at its full value or not: Guyot, Rep. *vo.* Substit., sec. 28, pp. 533-4. 5. That where a purchaser has JUST CAUSE to fear a *trouble*, his only course is to demand security against the trouble: Con. Stat. L. C., cap 36, sec. 31.

himself would have approved of it if alive. The Plaintiffs had no intention to buy the property, but eventually did so, to prevent its being sacrificed, as the evidence establishes. The judgment of the Court below, although it does not at all touch the question raised, seems to indicate the only defence that Defendant could have made if he had *just cause* to fear trouble. Under the statute (Con. Stat. L. C., cap. 36, sec. 31), he should have demanded security against the consequences of such trouble. As he did not do this, he had no other defence to an action of this kind by Plaintiffs, having a clear title under Sheriff's deed, and otherwise, and the Plaintiffs' action ought to have been maintained.

DAY, Q. C., for the Respondent, said: The Respondent's evidence consisted of the following exhibits: 1° Will of Peter MacIntosh with certificate of enregistration thereon; 2° Copy of the writ and declaration in *Bent et vir* vs. *MacIntosh et al.* 3° Copy of admissions in *ditto*; 4° Copy of *Tutelle* appointing *Patty Bent Tutrix to Plaintiffs*, 1st *March*, 1833; 5° Copy of *Tutelle* appointing *James Court, who had been previously after his marriage with his wife Patty Bent joint tutors, tutors to Plaintiff*, 3rd *of August*, 1844; 6° Copy of the inventory of estate of Peter MacIntosh taken by *Patty Bent, as tutrix to Plaintiffs*, in 1833; by which it appears that the assets of the estate of Peter MacIntosh in debts due to and real property belonging to his estate were valued £9891 9 7, whilst the debts due by the estate amounted only to £943 6 11, shewing a surplus £8848 2 8. That, in that inventory the property in question stands evalued at £1500 and £32. That, *besides* the above assets of £9891 9 7, the household furniture, &c., appears by the inventory to have been valued at £290 8 3 and £61 11 9, together making £361. David Allen Poe Watt says he attended the sale by the Sheriff on the 9th of November, 1857, on behalf of the MacIntosh family, and *bought the property in for* £200 *for the family to prevent it being sacrificed.* That he signed the Sheriff's Book in which the entry of the sale was made. That he had not then received the names of the family in whose name the title was to be taken. That the blank was afterwards filled up with the names of Isabella MacIntosh and Frances MacIntosh as the purchasers, through him as their agent. That the property was well worth £1000 at the time. Thinks, taking unto account the buildings upon it at the time, worth £1250. That the suit was an amicable one. That, when the suit was brought. Court and his wife were occupants of the premises and had been for a number of years. Believes they occupied them for the consideration of £60 a year. James Court says he and his wife Patty Bent, the mother of

Plaintiffs, resided in the premises from 1848 to 1858, and must have accounted to Plaintiffs for the rent during that period. That the proceedings to bring the property to sale were taken after legal advices; that it could be legally done under a judgment if obtained for his wife's annuity, and were, therefore, amicable; that the intention was to obtain the sale of the property, but as to ultimate intentions of Plaintiffs with respect to purging the property of the substitution he could not speak with certainty. Thinks it was £60 or £70 per annum and he his wife allowed Plaintiffs for the rent during the ten years they occupied the premises. Should think the property was worth £1250 at the time it was sold by the sheriff. John MacIntosh, brother of Plaintiffs, says that he and his sisters consulted together on the subject of the sale of the property and, after taking legal advice, found it could be legally sold under the annuity granted under the marriage contract to his mother Patty Bent, wife of James Court, and consequently came to the conclusion to have it sold. That Court and his mother had for several years occupied the property; that the difficulty which existed in respect to the sale was, that, by the will of his father, it was substituted and could only be legally sold under a debt concontracted by his father, and that the opinion of their legal advisers was that it could be sold and a good title obtained under a judgment obtained on his mother's marriage contract, and that he authorized their legal advisers to take the necessary steps to attain that object. That the suit was consequently instituted for that purpose, and that upon the judgment rendered the property was seized and sold by the sheriff as mentioned in the sheriff's title. That he attended the sale. Watt was not there that he recollects. That it was sold for £200. Has noticed that Watt signed the sheriff's sale book, signed his name as the purchaser of it for his sisters; that the object of the sale was to obtain a title according to the legal opinions given; considered the property at the time was worth £1250. Was aware the sheriff commission would be augmented according to the price at which the property was sold, and that it may have been a reason for having the property sold so low to save expense; thinks the property was *bought in at the sale* by a student or clerk in Mr. Torrance's office. By what authority afterwards Watt put in his sister's name he does not know; that it *was in order to make the property available for sale afterwards if it did not fetch its value at the time that it was allowed to be sold, and was bought in by the student in consequence,* understood it was legally sold, and that the sheriff's title thus obtained was available for future sale. His objection to the production of the inventory of his

father's estate is that he is not bound to furnish papers to help the defence; that there were moneys realized from the sale of lands in Upper Canada which went to pay Court's advances. The only evidence adduced by Appellants in rebuttal was that of the same John MacIntosh, brother of Plaintiffs, to prove that the inventory exhibited a much larger estate than was received by those who took under the will of his father. That his uncles, William MacIntosh and Neil MacIntosh, became insolvent before they paid the sums mentioned in the inventory as due by them, but he says that *his co-heirs and himself ranked upon their estates through their tutor* for about £8000, and received in all about seven pence half-penny in the pound. That over and above the real estate, the estate of his father did not realize over £1400 to his children. In cross-examination the witness stated he had heard that *some mortgages were given by his uncles on lands in Upper Canada as security for te moneys they owed his father's estate*, but what the lands were, and to what extent, he was unable to say: that he *presumes they were sold, and must have been accounted for before they could rank on their uncle's estates. That they were taken at an evaluation at that time. It was done in the usual way. Does not remember the value they were taken at. Cannot tell where the information can be got. Thinks Court rendered an account to the heirs, but is not positive.* That under such circumstances and with such evidence the Court below should have considered that Plaintiffs could not give a good and sufficient title to Defendant, and have dismissed Appellant's action, Respondent submits, might reasonably have been expected. The Appellants in instituting this appeal have submitted that the issues may be *fairly* raise by one concise question, viz: Was the property in question charged with any substitution having legal effect under the will of the late Peter MacIntosh? And they answer that question 1st by the following subterfuge, *not pleaded or thought of at the argument*, viz., "that as the law stood bet-" ween 1833 and 1855, to give effect to the rights of *substitués*, " it was necessary that the *acte* should be *insinué* and publish-" ed in open court; registration would not do; that the sta-" tute substituting registration only came into force on 20th " May, 1855." Whether the will was insinuated or not, and whether the enregistration previous to the sheriff's sale was equivalent to insinuation, were not put in issue by Appellants. If not insinuated the Appellants cannot invoke *for their own benefit in fraud of their children*. But the statute made the registration a sufficient substitute for the insinuation. The will was enregistered by *Plaintiffs in* 1844, that enregistration is *their title*, and it would be absurd to say that there existed

the necessity to re-engister after 1855, as the publicity was then there. A search at the registry office would show that after 1855, as well as before, the sale effected *to purge the property of the substitution* was made *after* 1855, namely, in November, 1857. The statute simply states that the enregistration shall be equivalent to insinuation. The Appellants hope to have succeeded in shewing that they had contrived *to purge the property of the substitution* by concerting with their *tutors* and *mother* to bring the property to sale by the sheriff under a judgment amicably obtained *at their own instance* for pretended debt which the assets of Peter MacIntosh were ample to meet, *buying in* the same for the *nominal* sum of £230, when it was notoriously worth £1250; and when the assets of the estate of their father shewed by the inventory an amount of nearly £10,000, after deduction made of the liabilities.

BADGLEY, J., rendering judgment in appeal, said: Peter MacIntosh, the father of Plaintiffs, married Patty Bent, and by contract of marriage, he endowed her with an annuity of £25, to take effect after his death. There were several children of their marriage, of whom Plaintiffs were two, whom their father, by his last will, made usufructuary legatees of the lot of land and premises, the subject of this contestation, the property whereof was to belong to their children after their decease. The will was dated on 10th November, 1832, and appointed executors for the administration of the estate; the father died in 1833, leaving his said two daughters, minors at the time, and his widow Patty Bent, him surviving, who was duly appointed their tutrix on the 1st of March, 1833. She afterwards married James Court, and she and her second husband were appointed joint tutors to the said minors in 1844. In January, 1857, Patty Bent, authorized by her husband, Court, sued Appellants, then of age, by an hypothecary action, as in possession of the property as special usufructuary legatees under the will, for ten years of arrears of the annuity, amounting to £25, for which judgment was obtained against them on 28th Feb., 1857. As the judgment was hypothecary, the legatees abandoned and *délaissèrent* the property, which was duly seized and taken in execution by the sheriff in the possession of a curator to the *délaissement*, and adjudged by the sheriff direct to Appellants, as purchasers, who received the sheriff's title therefor, and became proprietors of the lot in question, individually, as *adjudicataires* thereof. On the 14th March, 1865, having publicly advertised the same, they caused the land to be offered for sale upon the following conditions: " 1st. The property is sold commuted; 2nd. the title is from the sheriff to the present owners, by

whom a warranty deed will be given; 3rd. possession to be given on 1st. April, 1865; 4th. the deed to be executed by the purchaser on the 24th March, expense of deed and of one copy for registration to be paid by purchaser, who is to pay one per cent. for expenses of sale on signing the conditions; 5th. the terms of payment, one quarter cash on passing the deed, balance payable in four annual instalments with interest at seven per cent." The sale was effected for £1,325 ($5,300); Respondent was the purchaser, and signed the conditions of sale at their date as above, but having afterwards declined to execute the deed of sale tendered by Appellants, drawn and prepared in conformity with the conditions of sale, they instituted this action. The Respondent's plea is in substance that the land specially bequeathed to them was substituted to their children, and that they had no power of themselves to alienate it, that they colluded with their mother, giving her a judgment and allowing it to be enforced against the property after their collusive *délaissement* of it, and that their subsequent purchase of it, by sheriff's sale and adjudication, did not free the property from the effect of the substitution, or make them absolute owners under the sheriff's deed and therefore that they could not give him a good deed, the will having been registered in 1844. The pleading and denegation are of course against the affirmation of Appellant's power to give the deed as stipulated in the conditions of sale, and it will be observed finally that Respondent concludes his defense *tout simplement* by demanding the dismissal of Plaintiffs' action without praying for any adjudication against their alleged proprietary right to sell the property as legatees under the will or against their proprietary title under the sheriff's sale, that title being allowed to remain valid and binding on them. It has doubtless escaped the notice of Respondent, that the bequest of these particular landed premises in usufructuary enjoyment to the testator's daughters, with the property over to their children after their decease, was a special bequest in their favour, altogether irrespective of his general estate, and became vested in them upon their coming of age, for their support and maintenance, as a limited legal proprietary right, irrespective of the executors or the administration of the estate, whether it was represented as more or less by the inventory. It is also in evidence, as matter of fact, that this estate did not carry out the figure of the inventory, and that over and above the specially bequeathed real estate, the testator's estate did not realize over £1,400 for his children. Whatever the amount of the realized estate might be, this bequeathed property was beyond its effect, except as being liable for the payment of any debts that might be due

by the estate, and all the averments of the plea as to the *force de l'inventaire* are of no importance. The Respondent has also appeared to have not attended to the distinction between the insinuation required by law for substituted property and the registration of mortgages. These are not legally identical, the former being *le droit public* for the special purpose of interfering with substitutions or entails of real estate and facilitating its general and current disposal, whereas by the hypothecary registration the charges and cumbrances upon real estate were made publicly known. The insinuation was *de droit public* and the want of it could be objected at any time, and even in the *Cours d'Appel* if not objected to in the *Cours Originaires*. The enregistration of the will in 1844, under the Mortgage Registry Act, was not the equivalent of the necessary insinuation of the *droit public*, which only had effect pro futuro in 1855. The Plaintiffs are not therefore in any way open to the charge of subterfuge in this respect. It is quite true that the power in Appellants to sell, under the terms of the will, could be only precarious and limited to their life. The law clearly allows the *grévés*, the institutes, to alienate the substituted property according to their life interest in it, and conditioned to become an absolute title in the purchaser upon their decease without children, because in that event the precariousness of the right would become an absolute property in the *grévés*, and the *espérance* of the *substitute* could have no fruition, and hence there would have been no substitution; even thus, the power of alienation is in Appellants, and their deed would be a good deed to the purchaser, but it would give him the exception arising from *trouble*. It may also be observed that the non-insinuation of the will containing the substitution is a legal protection to the purchaser, because he is not bound to know that it is substituted property unless there is insinuation. Hence to divest the *grévé* the substitute must survive him, and if there be *défaillance*, no survivor, it is *au profit du grévé;* so also this applies *toutefois au défaillant par l'inexistence, incapacité ou refus de l'appelé.* Thévenot, No. 301, " La propriété appartient au grévé jusqu'à ce que la condition dont le fidéi-commis dépend, soit arrivée, jusque cela, le grévé est véritablement et pleinement propriétaire : tous les lois y sont formelles. Thévenot No. 577, 579 ; Pothier, Subst. 541 ; Guyot, Rep., Verbo Subst., p. 522 ; and it is only if the condition do happen, that the property of the grévé is *revoquée* but not *ab initio, sed ut ex nunc, non ut ex tunc.* See also Thévenot, Nos. 666, 715. The publication by insinuation was a special requirement of the Ord. d'Orléans in 1560, and was specially enforced by that of Moulins of 1566. The non-insinuation would protect purchasers

and creditors *à raison de leur bonne foi* and *aliénations* are declared to be irrevocable. The knowledge of the substitution by the purchaser does not affect him if he has not acquired it by the insinuation. No. 813, Poth., 495. Thévenot says, No. 790, what is mere common sense, that the testator cannot tie up his property by a substitution to the exclusion of the payment of his debts, and therefore that the alienation of the "biens institués est permise quand ils sont vendus pour l'acquittement des dettes auxquelles ils sont sujets ; la vente est alors de nécessité, elle a une cause valable et perpétuelle en sorte qu'il n'y a ni revendication contre les acquéreurs ni repétition contre le grévé." Pothier above ; see also Anc. Denizart, Vo. Subst., p. 596, par. 99. "La substitution ne saurait préjudicier aux créanciers de celui qui la fait ; ainsi ces créanciers peuvent, nonobstant toutes les dispositions de leur débiteur, faire saisir et vendre ceux de ses biens auxquels ils jugent à propos de s'adresser, sans que les appelés ni le grévé puissent exiger que les créanciers choisissent une espèce plutôt qu'une autre." From the record it is manifest that Mrs. Court's debt was a legal and just debt by the testator, having its origin before the date of his will and enforceable at any legal time after his decease. The judgment, therefore, which was rendered in her favour, being for a just debt, and the property proceeded against *hypothécairement* being property within her power to attack, the sale of this property became a legal necessity, and its decret satisfactory. What was the legal result of this sheriff's sale ? It conveyed the property independent of its substitute character and solely as that of the testator, by the mere effect of the adjudication, and rendered the Appellants, its purchasers, its absolute owners free from substitution. Pothier, Sub., p, 551 : "Si l'héritage sujet à la substitution avait été décrété pour les dettes de l'auteur de la substitution, il n'est pas douteux que l'héritage passe en ce cas, sans aucune sujétion à la substitution, car la substitution n'a pu empêcher l'aliénation forcée de cet héritage pour cette cause." See also Guyot, Rep., Vo. Sub., 527 ; 1 Pigeau, p. 776. "L'adjudicataire under a legal title is protected against all non-Opposants, mineurs, &c., "et l'intérêt public est favorable davantage." Under these authorities the law has given to the Appellants a legal, absolute and clear title, and they were justified in offering as the condition of sale : "*the title is from the sheriff to the present owners, by whom a warranty deed will be given.*" The Respondent purchased under these conditions. There was a sheriff's title and they offered a warranty deed. His plea is out of all question bad, and by not objecting in his conclusions against the title or against the conditions of purchase which he accepted, he has agreed to their validity.

His only possible plea would have been that of trouble, suggested by the Superior Court, and yet that Court, inconsistent with its own suggestion, dismisses the action upon the terms of a bad plea. The judgment of the Superior Court is not correct, and Appellants' action should have been maintained. The judgment in appeal was motivé as follows: "The Court, considering that the said immoveable property was bequeathed to the substitutes of Appellants by Peter MacIntosh, their father, in and by his last will and testament, which immoveable property was charged and liable notwithstanding such substituted bequest with and for the payment of the debt and mortgages thereon, created by Peter MacIntosh, and remaining undischarged at his decease; considering that the said property was seized and adjudicataires taken in execution by the sheriff of the district of Montreal, under a writ of *fieri facias de terris* issued against the said property in virtue of a judgment of the Superior Court for the said district, for a debt due by the estate and successor of Peter MacIntosh, by him created before his death, and was by the sheriff in due form of and according to law adjudged to Appellants as adjudicataires and purchasers thereof, and a title therefor, bearing date at Montreal on the thirtieth day of April, 1858, was by the sheriff then executed and delivered by him to Appellants, whereby Appellants thenceforward became, and were the absolute legal owners and proprietors of the property; considering that the last will and testament containing the substitution was not insinuated and published according to and as required by law, and that the registration thereof on the 3rd day of September, 1844, previous to the sheriff's adjudication aforesaid, could not by law disturb or in any way interfere with the proprietary rights in the said property acquired under the sheriff's adjudication by Appellants; considering that Respondent did by the agreement of purchase *sous seing privé* dated fourteenth day of March, 1865, purchase the said property from Appellants, and for which a deed of sale was to be executed between them on the twenty-fourth day of the said month for the price and upon the terms and conditions therein mentioned; considering that Respondent did refuse to execute the said deed of sale by Appellants tendered to him on the fifteenth day of May of the year last aforesaid, and hath refused to complete and carry into effect his purchase: considering that Respondent hath not by his pleadings to the action and demand of Appellants specially objected trouble or apprehension of trouble by reason of the sale of the said property nor any other ground in law or in fact against their action and demande: considering that, in the judgment rendered by the said Superior Court at Montreal, on the thirty-

first day of March, 1866, there was error; doth reverse and set aside the said judgment and proceeding to render such judgment as the Superior Courts hould have rendered, doth adjudge and declare the agreement of purchase of the said property signed and executed by Respondent to be valid and binding upon him, and of full force and effect at and for the price of £1325, payable thereby, one fourth part thereof on passing the deed of sale of the said property to be executed on the said twenty-fourth day of March, 1865, and the balance in and by four annual instalments and semi-annual interest at seven per cent., and doth condemn Respondent to pay to Appellants the said sum of $1325, by them demanded by their action, with interest thereon at seven per cent. from the fifteenth day of May of the year last aforesaid till paid, being the fourth part of the said price of the said property; and doth further order and adjudge Respondent, within the delay of fifteen days from and further order and adjudge Respondent, within the delays of fifteen days from and after the service of this judgment upon Respondent, to sign and execute to and in favour of Appellants a deed of and for his purchase of the said property, for the price and upon the terms and conditions in the agreement of purchase contained, failing which, this judgment shall avail to Appellants against Respondent as a title deed by him to them of the property, the Court granting *acte* to Appellants of their willingness to deliver possession of the property to Respondent at and previous to the institution of their action. (12 *J.* p., 121 et 16 *D. T. B. C.*, p. 348.)

TORRANCE & MORRIS, for Appellants.

DAY & DAY, for Respondent.

OPPOSITION A FIN D'ANNULER.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 25 Avril 1866.

Présent : TASCHEREAU, Juge.

GIBSONE, Demandeur, *vs.* JAMIESON *et vir*, Défenderesse, *et* HEALY, Opposant.

Jugé : 1o. Que lorsqu'une opposition à fin d'annuler n'est pas revêtue des timbres exigés par la loi, la Court permettra, sur motion du Demandeur, de procéder à la vente des effets saisis, nonobstant telle opposition.

2o. Que ce n'est que par voie d'appel, ou par une requête civile (suivant le cas), et non par une opposition à fin d'annuler la saisie, qu'on peut demander et obtenir la réformation ou l'annulation d'un jugement ou ordre interlocutoire.

Le Demandeur ayant obtenu jugement contre la Défenderesse et fait émaner un writ de *fi. fa. de bonis*, Healy, le mari de la Défenderesse, s'opposa à la saisie pratiquée en vertu dudit writ par une opposition à fin d'annuler. Le Demandeur obtint, par jugement interlocutoire, sur motion, la permission de procéder à la vente des effets saisis, nonobstant cette opposition, sur preuve qu'elle n'était pas revêtue des timbres exigés par la loi, et fit émaner un writ de *venditioni exponas*. L'Opposant produisit une nouvelle opposition à fin d'annuler à ce writ, alléguant que le jugement interlocutoire, permettant au Demandeur de procéder à la vente des effets saisis, avait été obtenu irrégulièrement, illégalement, par surprise, nonobstant l'opposition à fin d'annuler encore en litige, hors la connaissance de l'Opposant, sans lui en donner avis préalable, le mettant par là dans l'impossibilité de faire connaître à la Cour qu'il avait apposé les timbres nécessaires à sa première opposition, et concluant à l'annulation dudit jugement interlocutoire. Le Demandeur répondit à cette opposition par une défense au fond en droit, disant que l'Opposant ne pouvait faire annuler un jugement interlocutoire par une opposition à fin d'annuler, et que d'ailleurs, il n'avait obtenu d'aucun juge la permission de produire cette opposition.

JUGEMENT : La Cour, considérant que l'Opposant, John R. Healy, ne peut, au moyen d'une opposition à fin d'annuler, faire réformer ou annuler le jugement ou ordre dont il se plaint, et que ce n'est que par la voie d'appel, ou de la requête civile (suivant le cas), qu'il pouvait demander et obtenir la réformation ou l'annulation de tel jugement ou ordre : Considérant, qu'en autant la défense en droit du Demandeur à ladite opposition est bien fondée, la Cour maintient la défense au fond en droit du Demandeur à ladite opposition dudit Healy, et renvoie ladite opposition avec dépens. (16 *D. T. B. C.*, p. 351.)

SEWELL, procureur du Demandeur.

CAIRNS, pour l'Opposant.

SAISIE - ARRET

SUPERIOR COURT, Québec, 9 octobre 1865.

Before STUART, Justice.

MAGUIRE, Plaintiff, *vs.* LINK, Defendant.

Jugé : 1o. Qu'un affidavit pour saisie-arrêt avant jugement dans une action pour argent payé et dépensé, et prêté et avancé par le Demandeur au Défendeur, à sa requisition, n'est pas valable s'il n'est pas distinctement allégué que l'argent payé, prêté et avancé, a été ainsi payé, etc., pour l'usage du Défendeur, et à sa réquisition.

2o. Que lorsqu'un affidavit pour saisie-arrêt embrasse plusieurs causes d'action, et que l'une d'elles n'est pas suffisamment énoncée, tout l'affidavit se trouve vicié. (1)

The action was commenced by a *saisie-arrêt* before judgment. The Plaintiff's affidavit being worded in the following manner : " Denis Maguire, senior, of Montreal, duly appointed agent for " Bridget Maguire, the Plaintiff, being duly sworn, doth dep- " ose and say : " That George Link, of Dantzic, in Russia, " ship-owner, is well and truly indebted to Plaintiff in a sum " exceeding forty dollars, to wit : in the sum of $1200, for " goods sold and delivered by Plaintiff to the said Link, and " for moneys paid, laid out and expended by Bridget Maguire, " to and for the said Link, and for money had and received " by the said Link, by and through his duly authorized agent, " the then master of the vessel *Frederick der Grosse*, whereof " the said Link was then, and still is the owner, and for the " amount of an account stated and settled between the said " Bridget Maguire and the said Link, by his said agent, to " wit : the then master of the vessel, and the said Link being " then absent from the province, and for commission due and " of right payable by the said Link, to the said Bridget Mag- " uire, for and in respect of the management of the business " and concerns of the said Link, and for advances made to the " master of the said vessel for necessaries and for provisions " and supplies found and provided by the said Bridget Mag- " uire, to the said Link, represented by the master of the said " vessel, and for the service, use and interest of the said ship, " and for freight due and of right payable by the said Link to " the said Bridget Maguire. That the provisions, supplies and " necessaries found and provided by the said Bridget Maguire, " and received on bord the *Frederick der Grosse*, were so furn- " ished in the interest and for the service of the said vessel, " which was a foreign vessel then in the port of Quebec, in " the prosecution of a voyage. That this deponent is credibly " informed, &c." Upon the above affidavit a writ of *saisie-*

(1) V. art. 834 C. P. C.

arrêt before judgment issued, and the vessel *Frederick der Grosse* was attached. The writ having been returned and the amount claimed having been deposited in Court, the Defendant moved for the quashing of the annulling of the seizure. "1o. Because the affidavit upon which the writ issued contains and sets forth various causes of action and states the Defendant to be indebted in one entire sum." "2o. Because the affidavit does not distinguish how much is due on each account." "3o. Because one of the said alleged causes of action is money paid, laid out and expended, but it is not stated that such money was paid, laid out or expended at the request of Defendant." "4o. Because another of the said alleged causes of action is 'money had and received by the said George Link,' but it is not stated that such money was received on the account of Plaintiff or to or for the use of Plaintiff." "5o. Because the affidavit doth not estate with reference to another ground of action therein set forth: to wit: "The management of Defendant's business upon which commission is charged," that such management was at the instance and request of Defendant." "6o. That another ground or cause of action contained in the affidavit is: 'Freight due and of right payable by the said Link to the said Bridget Maguire,' and the said affidavit doth not shew in any manner what the said freight or goods consisted of, or for whom the work of carrying goods, if any were carried, was done or who earned such freight, and because there is nothing to shew that any goods were carried by the Plaintiff for the Defendant and at his request." "7° Because the said affidavit being had, irregular and insufficient in the above mentioned material parts, is bad for the whole, and was not, and is not, sufficient in law to warrant the issuing of any writ of *arrêt simple* thereon."

HOLT, for Defendant: In support of his motion argued that the affidavit was insufficient and defective in several material parts. In the first place, although the affidavit sets forth several grounds or causes of action, the indebtedness is fixed and sworn to in one entire sum without specifying in what amount Defendant is indebted for each separate cause; the affidavit is further defective in not shewing that the money alleged to have been paid, laid out and expended, and lent and advanced by Plaintiff to Defendant, was so paid, laid out and expended by Plaintiff for the use and advantage of Defendant, and at his special request. There are several authorities establishing this point: (1) It may, therefore, be assum-

(1) Harrison's Digest, 338; *Frichs* vs. *Poole*, 4 M. and R., 448; 9 B. and C., 543; 1 Dowling's Rep., 333, *Vigor et al* vs. *Delegal*; 2 B. and Adol., 571, *Vigor et al* vs. *Delegal*; Vide 1 Ser. and Lowb. R., p. 239, *Eyre* vs. *Hutton*; Ser. and Lowb. R., p. 421, *Brown* vs. *Garnier*; 7 East, 194, *Perk* vs. *Severn*.

ed as established that the affidavit is defective in part, but it had been held that were an affidavit is defectively stated in part the whole affidavit is bad. The case of *Baker* vs. *Wells*, 1 Dowlings Rep., 631, is exactly in point, it being held in that case that where an affidavit to hold to bail embraces several causes of action and one of them is defectively stated, it vitiates the whole affidavit. In the case of *Jones* vs. *Collins*, 6 Dowling's Rep., 533, WILLIAMS, Justice, said: "The case of "*Prior* vs. *Lucas* establishes this rule that where the total "amount sworn to is not mixed up with what is partly good "and partly bad, but where distinct and separate causes of "action in separate amounts are sworn to, the affidavit is good "as to that amount in respect to which it is correct and the "Court will not discharge the Defendant altogether for such "an objection." But, in the present case, the amount of each distinct and separate cause of action is not set forth, they are all joined in one entire sum, which is sworn to, and the affidavit being bad in part in not showing that the money paid was paid for the benefit of Defendant, and at his request, must be held to be bad altogether, and the writ issued in virtue of it quashed and set aside. (1)

HEARN, for Plaintiff: Contended that the cases cited by Defendant, in support of his motion, did not apply to this case, as the affidavit for *saisie-arrêt* was necessary under the provision of a special statute, which only required that the amount due should be clearly set forth in the affidavit without rendering it necessary to set out the full details of the causes of action.

JUDGMENT: "The Court for the reasons in the said motion mentioned, doth declare the rule absolute, and, thereupon, doth set aside and quash the writ of attachment with costs. (16 *D. T. B. C.*, p. 372.)

MACADAMS, for Plaintiff.
HEARN, Counsel.
PEMBERTON, for Defendant.
HOLT and IRVINE, Counsel.

(1) Dowling's Rep., 631, *Baker* vs. *Wells*, 318, *Rink* vs. *Almond*; 1 Cr. and M., 238, *Baker* vs. *Wells*; 3 Mee. and W., 67, *Caunce* vs. *Rigby*; 3 Dowling's Rep., 554, *Raggett* vs. *Guy*; 1 H. and W., 198; 4 Dowling's Rep. 34, *Drake* vs. *Harding*; 1 H. and W., 364.

RECTIFICATION DE REGISTRES.—OFFICIER PUBLIC.—DOMMAGES.

COUR SUPÉRIEURE, EN REVISION, Québec, 1er juin 1866.

Présents : BADGLEY, GAUTHIER et TASCHEREAU, Juges.

COTÉ, Demandeur, *vs.* DE GASPÉ, Défendeur.

Jugé : 1o. Qu'on ne peut, par voie d'action, demander la rectification d'un registre en y retranchant des mots constatant des faits accessoires, qui ne touchent en rien au caractère de l'acte, ni à l'état civil des personnes.

2o. Que la prescription de six mois ne peut être invoquée par un officier public qui, quoique dans l'exercice de ses devoirs, les outrepasse et se permet, dans un but malicieux, des choses non nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions ; et qu'alors le manque de bonne foi prive tel officier des droits et privilèges accordés par la loi aux officiers publics, agissant comme tels.

3o. Que, dans l'espèce, le Demandeur avait droit à des dommages, et qu'un plaidoyer de *non sum informatus* ne serait pas reçu de la part du Défendeur, parce qu'il devait connaître les limites de ses obligations, et savoir qu'elles ne s'étendaient pas à écrire dans les registres des mots injurieux à l'adresse d'aucune partie.

Par sa déclaration le Demandeur alléguait : 1° Que le Défendeur était curé de la paroisse de Saint-Apollinaire et que, comme tel, il était chargé de la rédaction des registres d'état civil, qu'il ne pouvait rien y insérer qui ne fût point essentiel à l'acte, soit sous le rapport des faits, soit sous le rapport des mots, et encore moins se servir de sa position d'officier public pour insérer dans les registres des mots injurieux pour aucune personne, et ce, dans le but de satisfaire sa haine. 2° Que le Défendeur, lors du mariage de la fille mineure du Demandeur, avait écrit de sa propre main dans les registres tenus par lui, " qu'il avait marié Sara Côté, fille du Demandeur, *malgré l'opposition brutale de son père.*" 3° Que ces mots comportaient une injure grave contre le caractère du Demandeur, injure d'autant plus grave qu'elle était permanente. Le Demandeur concluait à ce que le Défendeur fût condamné à rayer et biffer des registres les mots injurieux dont il se plaignait, et que le jugement ordonnant cela fût enregistré dans lesdits registres. Il concluait, de plus, à des dommages au montant de £200. Le Défendeur, admettant les faits, répondit par une défense au fond en droit dans laquelle il alléguait : 1° Que, d'après les lois en force en cette province, il n'existait aucune action pour faire réformer les registres de l'état civil, tel que demandé par l'action du Demandeur. 2° Qu'en loi il n'était pas vrai de dire qu'il ne doit être inséré dans les registres que ce qui concerne la naissance, le mariage et le décès des individus, et que rien ne défend d'y insérer ce qui n'appartient pas essentiellement à ces faits. 3° Il invoquait le bénéfice de l'avis d'un mois qui, disait-il, aurait dû lui être donné, puisqu'il avait agi

comme officier public. 4° Il invoquait la prescription de six mois contre l'action du Demandeur. 5° Il prétendait que, d'après la loi du pays, les mots ne pouvaient être biffés, tel que demandé, et qu'en admettant qu'il y eût quelque chose d'illégal, il ne pouvait y être remédié que par une mention en marge et non par la radiation d'aucune partie de l'acte. La Cour Supérieure, par son jugement du 9 avril, 1866, accorda des dommages au montant de £25, mais refusa de faire biffer les registres, et même d'y faire entrer le jugement en marge. Ce jugement fut soumis à la Cour de revision.

BOSSÉ, junior, pour le Défendeur : Le Demandeur conclut : 1° A ce que les mots dont il se plaint soient rayés et biffés du registre : 2° A ce que des dommages au montant de £200 lui soient accordés. A la première de ces prétentions, le Défendeur répond : Que l'action en réformation de registre n'existe pas en Canada. En effet elle n'existait pas en France lors de la création du Conseil Supérieur, ou du moins si elle y était quelquefois admise, en vertu de la déclaration de 1736, art. 30, (non en force dans ce pays) ce n'était que pour des erreurs et des omissions qui pouvaient toucher aux questions d'Etat. Cette coutume était tellement incertaine et mal établie qu'il fallut faire à ce sujet la déclaration du 12 mai, 1782, et la loi du 20 septembre, 1792. Cette législation, subséquente à la conquête, ne pouvait aucunement être invoquée, et eut-elle été notre loi, elle aurait été abolie par la 35e Geo. III. cap, 4, sec. 11 et 13. (1) D'ailleurs, le prêtre était dans l'exécution de son devoir, il devait mentionner l'opposition du père et le jugement intervenu sur icelle. (2) S'il y avait mal dans la qualification que le curé fit de l'opposition c'était par un writ de *mandamus* que le Demandeur eût dû se plaindre, c'est là la procédure adoptée dans *exparte* Thibault, C. S., No. 1839 de 1840. Les conclusions du Demandeur devaient être rejetée car in pouvait tout au plus obtenir que mention fut faite en marge du jugement à intervenir, et ce n'était pas ce qu'il demandait.(3) De plus, l'acte, une fois écrit ne peut plus être changé parce qu'il appartient aux parties, au public, à la sociéte, et il n'est plus permis d'y toucher. Quant à la question de dommages, la Cour Inférieure a prétendu que les officiers publics n'avaient

(1) Panet vs. Signay, C. S., Québec, No. 1245, de 1823 ; Ordonnance de 1667 ; Projet du Code Civil, p. 162, Coin-Delisle et Royer ; Acte de l'Etat civil, p. 16.

(2) Ordonnance de 1667 ; Stat. Ref., B. C. ch. 20, sec. 6.

(3) Déclaration de 1736, art. 30 ; Merlin, Rep., vbo. Acte de l'Etat Civil ; 35 Geo. III, cap.4 sec. 13 ; 4 Favart de Langlade, vbo. Rectification d'acte de l'Etat Civil, p. 759 ; Marcadé, sur l'art. 99 ; Coin-Delisle et Royer, sur l'art. 99 ; Lébirre et Carterets sur l'art. 100 C. N., Nos. 3 et 4, p. 54 ; 1 Locré, Esprit des Lois, p. 165, cap. 6, No. 1.

pas le privilége du plaidoyer *non sum informatus*, le Défendeur soumet qu'il y a là erreur, et la question a été jugée en ce sens dans la cause de Panet *vs.* Signay. Comme dernière raison le Défendeur se fonde pour demander le renvoi de l'action sur la prescription de six mois, établie en faveur des officiers publics par le Stat. Ref. B. C., ch. 101, sec. 7, ce statut étant la reproduction du statut anglais il faut suivre pour son application la jurisprudence anglaise, qui étend sa protection à tous ceux qui ayant agi contrairement à la loi, et ayant commis un acte illégal et punissable, ont cependant cru qu'ils avaient droit de le faire, quand même, disent plusieurs auteurs, ils n'auraient eu aucune cause probable de soupçon. (1)

BADGLEY, Juge : La mariée était mineure, le curé avait cependant droit de célébrer le mariage en vertu du jugement rendu sur l'opposition que son père avait faite devant le conseil de famille, et en célébrant ce mariage il n'a fait que son devoir. Mais s'il devait faire mention de l'opposition, ce n'était pas à lui à la qualifier, et en ajoutant le mot *brutal*, il a certainement commis une faute qui a causé du dommage au Demandeur, ces mots étant pour lui une injure grave. Le curé est tenu de faire apparaître au registre que toutes les formalités nécessaires ont été observées, ainsi que ce que les parties lui disent d'essentiel à l'acte, mais ce n'est pas à lui à qualifier cette déclaration des parties, et, dans le cas actuel, ces mots n'étaient certainement pas nécessaires, mais au contraire, ils n'entraient pas dans les formalités requises par la loi, ni dans la déclaration que les parties devaient lui faire. La difficulté dans cette cause est de satisfaire la juste réclamation du demandeur, car il est évident que les registres ne peuvent être biffés. Si la question se présentait devant moi pour la première fois, je n'hésiterais pas un seul instant et j'ordonnerais d'entrer le jugement rendu en cette cause dans les registres, en marge ; mais une jurisprudence contraire est établie, et cette question a déjà été décidée dans la cause, citée par le Défendeur, de *Panet* vs. *Signay*, et cette jurisprudence, une fois établie, nous devons la suivre ; nous sommes donc d'accord à confirmer le jugement rendu en première instance. Quant à la question de dommages, je dois déclarer que, pour ma part, si j'eusse été le juge à qui cette cause a été soumise, d'abord, je n'aurais pas accordé des dommages aussi considérables, parce que le principal but de l'action était de rétablir la réputation du Demandeur, compromise par le fait de cette entrée dans les registres des mots *opposition brutale*. J'aurais donc

(1) Wedge vs. Barclay, 6 Addison et Ellis, 663 ; W. W. and D., p. 271 ; Jones and Williams, 5 D. and R., p. 54 ; 3 B. and C., p. 762 ; 1 Car. and Payne, 459, 669 ; 3 Granger and Scott, p. 714 ; 3 Adolphus and Ellis, p. 286 ; 2 Chitty's Reports, 459 ; 4 Douglas, p. 275.

été d'avis d'accorder $20 de dommages avec les frais d'une cause de première classe, qui sont assez considérables, mais puisque mes deux confrères sont d'un avis contraire, je ne crois pas à propos d'enregistrer mon dissentiment sur cette question de dommages. Et le jugement rendu le 9 avril, 1866, par Mons. le Juge TASCHEREAU, est confirmé dans toutes ses parties. Ce jugement est dans les termes suivants: La Cour, considérant que le Demandeur a prouvé, d'une manière légale, les allégations principales de sa déclaration et, notamment, que, sans raisons ou motifs apparents, le Défendeur, en constatant le 11 avril, 1864, dans les registres des mariages, sépultures et naissances, que, comme curé de la paroisse de Saint-Apollinaire, il était obligé de tenir la célébration de mariage de Sara Côté, fille du Demandeur, avec Pierre Mâsse, a entré et écrit de sa propre main les mots injurieux ci-après énoncés, savoir: "Malgré l'opposition brutale d'Amable Côté, père et "tuteur de Sara Côté," comme faisant partie du certificat de mariage desdits Pierre Mâsse et Sara Côté: Considérant que rien ne justifiait ni n'autorisait le Défendeur d'énoncer, dans un registre public, un fait de nature à blesser les sentiment et à porter atteinte au caractère et à la réputation du Demandeur, et que l'énonciation de ces mots, *malgré l'opposition brutale*, était sans nécessité aucune: Considérant que le Défendeur, comme officier public, ne pouvait être de bonne foi dans l'exécution de ses devoirs en insérant les mots injurieux susdits et que, comme tel, il ne peut avoir droit au privilège et droit conferés aux officiers publics agissant de bonne foi dans l'exécution de leur devoir: Considérant qu'en autant le Défendeur n'a pas droit à la prescription de six mois par lui plaidée et invoquée en cette cause: Considérant que le Demandeur ne peut, au moyen d'une action ou procédure de la nature de celle par lui prise et sans avoir mis en cause toutes les parties intéressées, demander que les mots susdits soient biffés des registres, et que la cour ne peut entretenir son action à cet égard: La Cour déclare qu'il n'y a pas lieu,au moins quant à présent, d'altérer, changer et biffer aucune partie de ladite entrée au registre. En conséquence maintient, mais sans frais, le septième chef de la défense au fond en droit du Défendeur, et renvoie les autres chef de ladite défense au fond en droit du Défendeur: Et vu les faits prouvés, condamne le Défendeur à payer au Demandeur la somme de vingt-cinq louis courant, avec intérêt sur icelle à compter de ce neuf avril 1866, et les dépens d'une action de première classe de cette cour, comme partie des dommages." (16 *D. T. B. C.*, p. 381.)

FOURNIER and GLEASON, pour le Demandeur.

BOSSÉ and BOSSÉ, pour le Défendeur.

INJURES VERBALES

QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, Montréal, 8 mars 1866.

Before DUVAL, Chief-Justice, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND and MONDELET, Justices.

LENOIR DIT ROLLAND, Appellant, *and* Jodoin, Respondent.

Jugé, dans la Cour Supérieure : Dans une action en dommages pour injures aux sentiments et au caractère du Demandeur, par paroles à lui adressées, dans la rue, par le Défendeur, alléguées dans la déclaration être comme suit : "Rolland, arrête donc ? Quand me payes-tu ? Paye " donc tes dettes avant de faire le monsieur, gredin que tu es," la preuve étant que les mots dont s'était servi le Défendeur, étaient, " paye tes " dettes, paye tes dettes," que l'action n'était pas soutenue par la preuve et était trop triviale pour soutenir un jugement en dommages.

En appel : 1o. Que les allégations essentielles de la déclaration étaient prouvées.

2o. Que les expressions devaient avoir blessé les sentiments du Demandeur, et partant, lui donnaient droit d'action.

3o. Qu'un reçu signé par les parties pour billets reçus comme cautionnement collatéral pour la dette du Demandeur, et daté cinq mois avant l'injure en question, et produit par le Défendeur à l'enquête, aussi bien qu'un reçu en plein au Défendeur, donné subséquemment à l'action, eussent dû être rejetés du record.

SMITH, Justice : This action is brought by Plaintiff, Rolland, claiming £2000 damages for certain words used towards him by Defendant, in the street, which are set out in the declaration as follows : " Rolland, arrête donc ? Quand me payes-tu ? " Paye donc tes dettes avant de faire le monsieur, gredin que " tu es." The plea amounts to a general denegation. The proof as stated by the only witness, Peltier, who speaks to the words used, is that, in passing in St. Gabriel street, he saw the parties, and that Defendant, turning towards Plaintiff, called out in a pretty loud tone, *criant assez haut, en souriant, paye tes dettes, paye tes dettes*. This is all the direct evidence of what passed on the occasion in question. It would appear that the parties who are both men of respectability and wealth, had had large dealings together, and that a certain amount was due by Defendant to Plaintiff as the balance of interest on certain notes, and also that, on several occasions, a good deal had been said by the one to the other previously, which was not very complimentary or creditable to either of them. Be that as it may, Plaintiff did not appear to have paid much attention to the words complained of, until certain kind friends told him he had been grossly insulted, and thence the action. As to damages, none have been proved, and I think it is to be regretted that the action should have been brought for so trivial a matter, and I do not think that any damages

can be given. JUDGMENT : " La Cour, considérant que le Demandeur a failli complètement de prouver les allégations de ladite action, a débouté et déboute cette action, avec dépens." It was from this judgment that an appeal was instituted.

DRUMMOND, Justice : Stated the nature of the action, and that in his opinion the Superior Court had dealt with it as it should have done. The words *paie tes dettes*, even if they gave a right of action, could not warrant an action for such an amount as was sued for. The injury, if any, must have been trifling, and it appeared to him that Plaintiff had brought the action when urged by officious friends, and when he found the balance of the account against him.

MONDELET, Justice : Held the words sufficiently proved and as giving a right of action. The words were uttered in a public street, and the Plaintiff had a right to complain. No one can be allowed to injure wantonly the feelings of others and some damages ought to be given.

MEREDITH, J., said it certainly was matter for regret that this action should have been brought in the Superior Court. There seemed to be nothing very offensive in the words used, yet he did not think it was justifiable for Defendant to tell Plaintiff in the public street to pay his debts. But an action for $8.000 brought in the Superior Court, exposing Defendant to considerable trouble and expense, was quite unnecessary.

JUDGMENT IN APPEAL : " Considérant que l'Appelant a fait preuve des allégations essentielles de sa déclaration, et nommément que, sans cause, raison ou justification, l'Intimé, l'a injurié en pleine rue, suivant qu'allégué en ladite déclaration, en se servant à son égard des expressions qui ont dû blesser sa sensibilité, et dont ledit Appelant avait droit de se plaindre en justice, comme il l'a fait : Considérant, par conséquent, qu'il y a erreur dans le jugement de la Cour Supérieure, lequel a débouté l'action dudit Appellant et n'accordant pas la motion de l'Appelant demandant que l'exhibit de l'Intimé marqué Z (1), produit à l'enquête, fût rejeté du dossier, casse, annulle et met au néant ledit jugement et procédant à rendre le jugement que la Cour Supérieure aurait dû rendre, faisant droit d'abord sur ladite motion, accorde icelle, et ordonne que ledit exhibit marqué Z, produit à l'enquête par le Défendeur, soit, et il est, rejeté du dossier, et adjugeant au mérite, cette cour, pour les causes énoncées dans la déclaration, condamne ledit Intimé à payer audit Appelant vingt livres avec les dépens de

(1) This was a receipt of the 12 march, 1863, signed by the parties, for 4 notes, amounting in all to $1,257.74, as collateral security to the Plaintiff, for Respondent's note of $1,200. A receipt of the 22nd December, 1863, for this note and for $84.92, being in full for the amount due on settlement to the last mentioned date.

la Cour Supérieure, dans une cause de cette classe, et le condamne en outre à payer les dépens sur le présent appel. L'Honorable Juge DRUMMOND *dissentiente*. (16 *D. T. B. C.*, p. 387, et 2 *L. C. L. J.*, p. 20.)

ARCHAMBAULT, for Appellant.

LEBLANC and CASSIDY, for Respondent.

INTERPRETATION D'ACTE.

COUR SUPÉRIEURE, EN REVISION, Québec, 3 mai 1866.

Présents : BADGLEY, STUART et TASCHEREAU, Juges.

BADEAU, Demandeur, *vs.* GUAY, Défendeur, *et* BADEAU, Opposant.

Jugé, en Cour Supérieure : Que l'acte produit dans la cause ne devait pas être considéré comme un acte translatif des propriétés immobilières y désignés et que, par conséquent, l'opposition devait être maintenue.

En revision : Que l'acte étant expliqué par les circonstances sous lesquelles il avait été fait, ainsi que par la jouissance qu'il accordait aux parties, on devait le considérer comme translatif de propriété et renvoyer l'opposition.

Le Demandeur ayant poursuivi le Défendeur en dommages, celui-ci réussit à faire débouter l'action avec dépens. Et, en exécution de ce jugement, le Défendeur fit saisir sur le Demandeur un certain immeuble. Le Demandeur s'opposa au decret, et invoqua, comme moyen principal d'opposition, qu'il n'était pas propriétaire de l'immeuble, mais simplement locataire, fondant cette prétention sur un acte dans lequel il était dit : " que le défendeur vendit, céda, quitta, délaissa et abandonna à l'opposant une petite maison, située sur un certain " terrain (le terrain saisi) pour le prix et somme de £5 et que " la vente fut faite, en outre, pour le prix et somme de $5 par " année, pour la rente du terrain tant que ladite maison resterait dessus, et qu'il fut expressément convenu que ledit " Opposant serait libre de vendre, échanger et enlever la maison quand bon lui semblerait, et que la rente serait de ce " jour éteinte." La question était donc de savoir quelle interprétation il fallait donner à cet acte si cet acte avait transféré ou non le domaine utile du terrain, c'est ce que prétendait le Défendeur. La Cour Supérieure rendit le jugement suivant : " The Court, considering that the lot of ground seized, as belonging to Plaintiff, is, in truth, the property of Defendant himself : Considering that Plaintiff is merely proprietor of the house, which he bought from Defendant for a sum of five pounds ; that Defendant can only seize and sell the house, doth maintain the opposition *à fin d'annuler*, and doth annull

and set aside the seizure of the said immoveable property." Le Défendeur inscrivit la cause en revision.

CASAULT, pour le Défendeur : L'acte en question a transféré à l'Opposant le domaine utile du terrain. En vertu de ce titre, il l'a possédé pendant 10 ans, et c'est à tort qu'il cherche à lui donner le caractère d'un simple bail à loyer, car cet acte est ou un bail emphytéotique, ou une vente d'usufruit, ou enfin un bail à vie : mais il est tout à fait indifférent de constater lequel de ces contrats civils il est, puisqu'ils ont tous trois l'effet de transférer le domaine utile. Le Demandeur a le droit de posséder le terrain tant que la maison restera dessus ; il peut le posséder toute sa vie et, dans ce cas, c'est un contrat d'usufruit ou un bail à vie, mais s'il le préfère, il peut déguerpir et, en vertu de l'acte, la rente qu'il doit payer se trouvera éteinte par ce seul déguerpissement ; dans ce dernier cas, le contrat a le caractère d'un bail emphytéotique. Les termes mêmes du contrat prouvent que l'intention des parties n'était pas de faire un simple bail à loyer. Pourquoi, en effet, si telle avait été leur intention, auraient-elles dit "que la vente fut "faite en outre pour le prix et somme de cinq piastres par "année pour la *rente* du terrain." Au lieu de se servir du mot rente elles se seraient servi du mot *loyer*, expression plus connue et plus en usage pour exprimer le prix que le locataire paie pour l'usage de la propriété louée. (1)

La Cour de revision infirma le jugement rendu par la Cour Supérieure et y substitua le suivant : "The Court, considering that, at the time of the seizure and taking in execution of the lot of land and premises seized, the said lot of land and premises were in the proprietory right of Plaintiff, and Opposant, as proprietor thereof, and by law subject to and liable to be taken in execution under and by virtue of the judgment rendered in favor of Defendant against Plaintiff and Opposant : and considering, therefore, that, in the said judgment rendered upon the said opposition of Plaintiff and Opposant, there is error, the Court, proceeding to render such judgment as ought to have been rendered, doth, for the causes aforesaid, dismiss and reject the opposition of Plaintiff and Opposant, &c." *Dissentiente* STUART, Justice. (16 *D. T. B. C.*, p. 390.)

MIVILLE DECHENE, pour le Demandeur et Opposant.

CASAULT, LANGLOIS et ANGERS, pour le Défendeur.

(1) Merlin, Rep., vbo. Usufruit, sec. 1, No. 3, pp. 362, 368 : Loyseau, Déguerpissement, liv. 1, ch. 5, No. 8 ; 1 Despeisse, du Louage, sec. 5, p. 125 ; Guyot, Rep., vbo. Emphytéose, p. 680 ; Nouveau Denisart, vbo. Emphytéose, pp. 538, 539 ; Pothier, Louage, No. 4, Bail à rente, Nos. 1, 2 ; Actes de Notoriétés, Denisart, pp. 47, 48.

FRAIS D'OPPOSITION.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 31 Mars 1866.

Présent : SMITH, Juge.

LACOSTE, Demandeur, *vs.* JODOIN, Défendeur, *et* QUINTAL, Opposant.

Jugé : Que sur distribution des deniers provenant du décret d'immeubles, le cessionnaire d'un créancier porté au certificat des hypothèques, a droit à ses frais d'opposition, quoique son transport n'ait pas été enregistré. (1)

Le shérif avait rapporté une somme de deniers provenant de la vente d'immeubles saisis sur le Défendeur, avec le certificat du régistrateur du comté, contenant la mention de deux obligations consenties par le Défendeur à Zoé Lafranchise, veuve de Henri Favreau. L'Opposant, Quintal, qui avait obtenu de cette dernière un transport de ce qui était dû sur ces deux obligations, produisit une opposition à fin de conserver, concluant à être colloqué utilement, savoir : pour la somme de $500 sur la première obligation, avec intérêt au taux de $7\frac{1}{2}$ par cent, à compter du 27 janvier, 1865, formant $36.91, et pour $100, montant de la seconde obligation, avec intérêt du 1er mars, 1860, formant $5,90, et les dépens de son opposition, Dans le rapport de collocation préparé par le protonotaire, Quintal fut colloqué utilement pour la somme de $600 ; mais il ne lui fut pas accordé de frais de procureur sur cette opposition, conformément à la section 6 du ch. 39 de l'acte des 27 et 28 Vict., qui est conçue dans les termes suivants : " Il ne " sera pas accordé de frais d'opposition à aucun Opposant à la " distribution de deniers prélevés par la vente d'immeubles " par le shérif, ou de deniers prélevés par la vente d'immeubles par le shérif, ou de deniers déposés en Cour, dans " tous cas de ratification de titre ou de licitation forcée, lorsque l'hypothèque de l'Opposant est portée au certificat du " régistrateur." La section 22 du chapitre 36 des Statuts Refondus pour le Bas-Canada, étendue aux ventes par le shérif par la section 26, sous-sec. 4, porte que : " La collocation en " faveur d'une partie, qui ne sera pas opposante, lui appartiendra, et à ses représentants légaux ou ayants cause, et le " montant en restera entre les mains du protonotaire jusqu'à " ce qu'elle ou qu'ils en fassent la demande, et en donne une " quittance valable." Quintal contesta le rapport de distribution en autant : Qu'on ne lui accordait pas les frais de son opposition, auxquels il disait avoir droit, vu qu'il n'était pas porté nominalement comme créancier dans le certificat du ré-

(1) V. art. 721 C. P. C.

gistrateur, et qu'il ne pouvait faire valoir son transport que par opposition. Sur la question des dépens, l'Honorable Juge SMITH, en rendant jugement, considérant que le shérif ne peut être constitué juge du droit des ayants cause à toucher les deniers, et qu'il a droit d'avoir l'ordre du tribunal à cet égard, a cru que, dans ce cas, il ne serait que juste d'accorder les dépens; la contestation a donc été maintenue, sans autre motivé que celui qui suit : La Cour, considérant que ledit Opposant, Isaïe A. Quintal, a droit à ses frais d'opposition, a maintenu et maintient la contestation, avec dépens, et ordonne que le rapport de distribution soit amendé et réformé en conséquence. (16 *D. T. B. C.*, p. 393, et 2 *L. C. L. J.*, p. 41.)

GAUTHIER, pour Quintal.

CARTIER, POMINVILLE et BERTHELOT, pour Archambault.

EXECUTION DES JUGEMENTS.

COUR SUPÉRIEURE, EN REVISION, Montréal, 31 mai 1866.

Présents : SMITH, BADGLEY et BERTHELOT, Juges.

LALONDE, Demandeur, *vs.* LALONDE, Défendeur, *et* LALONDE, Opposant.

Jugé : Qu'un créancier par jugement a droit d'exercer simultanément tous les modes de saisie et d'exécution que la loi accorde, pour contraindre le paiement de ce qui lui est dû. (1)

Le 27 d'avril, 1865, le Demandeur fit émaner de la Cour du Circuit, du comté de Vaudreuil, un bref d'exécution contre les immeubles du Défendeur, pour satisfaire au jugement rendu le 25 février, 1854, en faveur du Demandeur. Trois lots de terre furent saisis en conséquence et, le 6 d'octobre, 1865, onze jours avant celui fixé pour la vente, le Défendeur obtint un ordre du Juge BADGLEY, lui permettant de produire une opposition à fin d'annuler, fondée sur le fait qu'avant l'émanation de l'exécution contre les immeubles du Défendeur, savoir : le 27 de juillet, 1864, le Demandeur avait pratiqué une saisie-arrêt entre les mains d'Ignace Dumouchel et de M. T. Antoinette Fournier, son épouse, qui, ayant fait défaut, avaient été condamnés personnellement à payer au Demandeur le montant du jugement que ce dernier avait obtenu contre le Défendeur. Le Défendeur, dans son opposition, alléguait que le Demandeur ayant commencé l'exécution de son jugement sous ce mode et ayant privé ledit Opposant de l'exercice de sa créance contre les tiers-saisis, ne pouvait procéder à la saisie des terres

(1) V. art. 554 C. P. C.

avant d'avoir épuisé la saisie-arrêt. Il concluait en conséquence à la main-levée de la saisie. Le Demandeur répondit à l'opposition que l'un des tiers-saisis avait déclaré devoir £20, mais était insolvable, et que l'autre avait déclaré ne devoir que £1 14 0. Que le Défendeur, opposant, devait déposer le montant du jugement en capital, intérêt et frais de la saisie-arrêt, s'il voulait être réintégré dans ses droits contre les tiers-saisis, et que le Demandeur pouvait exercer contre son débiteur tous recours par voie de saisie-exécution, saisie-arrêt, ou autre dans le but de satisfaire au jugement prononcé. Le 30 décembre, 1865, (MONK, Juge,) l'opposition fut déboutée, avec dépens, mais le jugement ne contient aucun considérant. La cause fut soumise à la revision de trois juges, par l'Opposant, alléguant des irrégularités dans la procédure, et de plus, que les déclarations faites par les tiers-saisis l'avaient été irrégulièrement et sans la connaissance du Défendeur, persistant de plus dans sa prétention, que le Demandeur devait discuter les tiers-saisis avant de procéder contre les immeubles du Défendeur. La Cour de Revision a déclaré unanimement que le Demandeur pouvait employer simultanément tous les moyens légaux de se faire payer du jugement qu'il avait obtenu, sans être obligé de discuter les biens des tiers-saisis, et a confirmé le jugement, "considérant qu'il n'y avait pas erreur." (16 *D. T. B. C.*, p. 395.)

DOUTRE et DOUTRE, pour l'Opposant.

MOREAU, OUIMET et CHAPLEAU, pour le Demandeur.

ARTICULATION DE FAITS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th April, 1866.

Before BADGLEY, Justice.

DAY, Plaintiff, *vs.* HART, Defendant.

Jugé : Qu'une articulation de faits comme suit : " N'est-il pas vrai que " les allégations, matières et choses énoncées en la déclaration du De- " mandeur, enfilée dans cette cause, sont vraies et bien fondées en fait," sera rejetée avec dépens, comme n'étant pas une articulation de faits suivant le statut, et comme insuffisante et irrégulière. (1)

BADGLEY, Justice : Two motions have been made by Defendant, one for a commission *rogatoire* to New-York, which is supported by affidavit and must be granted, the affidavit being sufficient ; the other for the rejection of Plaintiff's articulation of facts, which is also granted. The articulation is in these terms : " Is it not true that the allegations, matters and

(1) V. art. 208 C. P. C.

" things set forth and contained in Plaintiff's declaration, in " this cause filed, are true and well founded in fact ?" This is clearly no articulation of facts as required by the statute, and it must be rejected with costs, as being insufficient and irregular. (1) Motions granted. (16 *D. T. B. C.*, p. 397.)

DAY, for Plaintiff.

HART, for Defendant.

SECRETAIRE DES COMMISSAIRES D'ECOLE

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL,

Québec, 20 mars 1866.

Coram AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., MONDELET, J., TASCHEREAU, J.

PHILIPPE-NAPOLÉON PACAUD, Appelant, *et* MESSIRE PIERRE ROY, Intimé.

Jugé : Que le secrétaire-trésorier des Commissaires d'école qui fera un rapport faux au Gouvernement pour obtenir l'octroi du fonds des écoles communes, pourra être poursuivi par tout citoyen intéressé dans la bonne administration des écoles et être condamné à payer une amende de pas moins de $10 ni plus de $40, en vertu du chap. 15, sec. 126, des Statuts Refondus pour le Bas-Canada. (2)

L'Intimé, le curé de la paroisse de Saint-Norbert-d'Arthabaska, avait été nommé secrétaire-trésorier des Commissaires d'école pour la municipalité de la paroisse de Saint-Norbert-d'Arthabaska, en 1860. Dans le mois de janvier, 1861, il adressa au Gouvernement, en sa qualité de secrétaire-trésorier, le certificat suivant : " Je, soussigné, secrétaire-trésorier de la " municipalité scolaire de Saint-Norbert-d'Arthabaska, dans " le comté d'Arthabaska, déclare que j'ai, actuellement et *bonâ* " *fide*, reçu et mis à la disposition des commissaires de la " municipalité cent onze piastres et 30 centins, somme égale à " la part afférente à la munipalité sur les deniers octroyés par " la Législature pour le soutien des écoles, pour les derniers " six mois de l'année 1862, laquelle somme j'ai prélevée par " cotisation. P. Roy, Ptre," quoiqu'il n'eût réellement et vraiment collecté que celle de £1 13 7. Messire Roy, en vertu de sondit certificat et de sa charge, retira du Gouvernement la somme de $111.30. L'Appelant poursuivit l'Intimé en vertu du chap. 15, sec. 126, des Statuts Refondus pour le Bas-Canada, pour lui faire payer une amende de pas moins de $10 ni plus de $40. Dans son action datée du 4 avril, 1864, signifiée à

(1) Con. Stat. L. C., cap. 83, sec. 87, sub-sec. 2.

(2) V. art. 2196 S. R. Q.

l'Intimé le 22 du même mois,devant la Cour du Circuit pour le district d'Arthabaska, l'Appelant alléguait qu'il demeurait dans la paroisse de Saint-Norbert-d'Arthabaska depuis au-delà de dix ans ; qu'il était père de plusieurs enfants en âge de fréquenter les écoles communes ; qu'il était propriétaire de biens-fonds valant au-delà de $2000, et intéressé à la bonne administration des écoles communes dans la municipalité de la paroisse de Saint-Norbert-d'Arthabaska ; que l'Intimé avait fait un rapport faux au moyen duquel il avait obtenu frauduleusement, du fonds des écoles publiques, le ou vers le 20 février, 1863, la somme de $111.30, et que l'Intimé avait fait sciemment cet acte de fraude, et il concluait à ce que l'Intimé fût convaincu d'avoir fait cet acte de fraude, et à ce qu'il fût condamné à remettre les $111.30 au fonds des écoles publiques et à payer en outre une amende de pas plus de $40, ni moindre de $10, pour le fonds local des écoles de la paroisse de St-Norbert d'Arthabaska et avec les dépens, et faute par lui de payer ladite amende et les frais, qu'il y fût contraint par corps et à demeurer détenu dans la prison commune du District d'Arthabaska à raison de trois chelins par jour jusqu'à ce que le tout fût payé. A cette action l'Intimé plaida trois moyens principaux : 1° Que l'Appelant n'avait pas droit de poursuivre cette offense en son nom, mais que l'action aurait dû être intentée par le procureur général, parcequ'il demandait par les conclusions de son action que l'intimé fût condammé à remettre les $111.30, au fonds des écoles publiques. 2° Qu'il y avait cumul d'action : L'Appelant demandait des choses distinctes et séparées par son action, d'abord l'amende et ensuite le remboursement de 111.30. 3° Il y avait prescription : cette action aurait dû être intentée plus tôt, puisque l'action pouvait être intentée devant des juges de paix et que l'action devant les juges de la paix est prescrite dans ces trois mois. La Cour Inférieure adopta ce dernier moyen, et l'action de l'Appelant fut renvoyée avec dépens le 7 mars 1865. Cette cause fut portée devant la Cour du Banc de la Reine, en appel.

TASCHEREAU, J. *dissentiens* : La question, suivant moi, n'est pas actuellement celle de savoir si le Défendeur a bien ou mal agi, mais celle de savoir si l'action du Demandeur a été bien portée ; s'il y a eu cumul de causes d'action et s'il a droit d'action pour l'une ou pour l'autre de ses deux demandes. La première question, suivant moi, à décider, est celle de savoir si les deux chefs d'actions sont compatibles l'une avec l'autre, et, s'ils ne le sont pas, s'il y a cumul sur toute la procédure. Dans mon opinion, la demande du remboursement d'une somme de $111.30, comme due au fonds des écoles publiques, est une demande tellement distincte et séparée de celle d'une amende de $40 réclamée au profit des écoles locales, qu'il me paraît

hors de doute qu'elles sont incompatibles et ne peuvent être portées par une seule et même action et par le même Demandeur; l'une est une réclamation pure et simple de dette, et l'autre est une action pénale *qui tam.* S'il y a incompatibilité entre ces deux chefs d'action, il y a cumul d'action, et si ce cumul d'action existe,pouvons-nous adjuger sur l'un et sur l'autre de ces chefs d'action ? Je pense que non, et que le Demandeur aurait dû choisir entre ces deux chefs d'action celui sur lequel il voulait seul procéder. A son défaut de faire cette déclaration, pouvons-nous faire le choix pour lui ? Je ne le crois pas. Quelles données aurions-nous pour dire au Demandeur : nous écarterons l'un des chefs plutôt que l'autre ? Je crois donc que le Demandeur, en omettant de faire ce choix, a mis la Cour dans l'impossibilité d'adjuger sur sa demande. Mais on dira peut être que le Demandeur n'a aucun droit d'action pour le remboursement des $111.30 au fonds des écoles publiques, et qu'en écartant cette partie de la demande, il reste toujours la partie scolaire de l'amende sur laquelle cette Cour peut adjuger ; j'admets que le Demandeur n'a pas d'action pour ces $111.30, mais, comme la question de cumul d'action et du choix de celui des chefs d'action sont des questions préliminaires qui doivent s'agiter et se décider avant que d'en venir au mérite, je considère que la difficulté ne peut être surmontée de cette manière. Le Demand ur persiste à ne pas faire choix de celui de ses chefs d'action qui lui doit paraître le plus acceptable et, de cette manière, il s'oppose au choix que la Cour paraît vouloir faire. Pourquoi nous constituerions-nous les gardiens et les protecteurs d'un client qui ne se défend pas bien et ne se présente pas légalement devant nous ? Pourquoi viendrions-nous au secours du Demandeur, et suppléerions-nous à ses omissions ? C'est à lui seul de veiller à ses intérêts. Etant d'opinion qu'il y a cumul d'action et que, vu le défaut du Demandeur d'opter pour celui des chefs de son action sur lequel il désire procéder seul, nous ne pouvons faire ce choix pour le Demandeur, il va sans dire que le Demandeur doit pour cela être renvoyé de sa demande purement et simplement, et sauf à se pourvoir. La question de prescription de trois mois, quant à la pénalité, s'est aussi soulevée en cause, et, par analogie, on a prétendu que comme le droit d'action eût été prescrit si on eût essayé de recouvrer cette amende devant un juge de paix, conformément à la section 26 du ch. 103 des S. R. C., qui dit que si nul délai pour porter la plainte ou faire la dénonciation n'est fixé spécialement par l'acte ou les actes du parlement relatifs à chaque cas particulier, la plainte sera portée et la dénonciation faite dans les trois mois à compter du jour où la matière qui fait le sujet de telle plainte ou dénonciation a originé, cette prescription

de trois mois doit avoir lieu, lorsque la plainte était portée devant la Cour de Circuit, conformément à la section 126 du ch. 15 des S. R. B. C., qui règle que l'un ou l'autre, sera un tribunal compétent pour connaître de ce délit, sans parler du délai dans lequel la poursuite devra s'en faire. De prime abord, je serais disposé à dire que cette opinion est fondée en logique, sinon en loi ; car après tout, pourquoi faire la distinction entre l'un et l'autre de ces tribunaux, et pourquoi dire que dans un cas il y a une prescription ou limitation de trois mois, et que dans l'autre il n'y aura pas telle limitation ? En réalité, n'est-ce pas dire que le Défendeur sera toujours sur la menace d'une telle poursuite, tant qu'il vivra, puisque, d'après l'opinion émise, la prescription ne s'inférant pas par analogie, nulle prescription quelconque ne pourrait jamais venir en aide au Défendeur, puisqu'il serait toujours passible d'une poursuite devant la Cour de Circuit ? mais je ne puis, quant à présent me prononcer formellement contre ou pour telle opinion, qui d'ailleurs, serait superflue, vu que je suis d'opinion que l'action du Demandeur, pour les raisons ci-dessus, n'est pas soutenable, et que l'appel doit être rejeté et le jugement de la Cour inférieure confirmé. Depuis que j'ai mis par écrit les notes ci-dessus, j'ai cru qu'il s'était opéré dans l'opinion des Honorables Juges qui forment la majorité de la Cour, sur le jugement qui va être prononcé, un changement remarquable relativement à cette partie de la demande du Demandeur qui a trait au recouvrement de $111.30 que le Défendeur a reçues, ainsi que le prétend le Demandeur. Lors de l'argument, il fut à peu près compris, sinon décidé, que le droit d'action relativement au recouvrement de ces $111.30 n'appartenait pas au Demandeur, mais bien à la Couronne, et la seule question à débattre serait celle de l'amende et des chefs d'exception qui s'y rattachent. Mais, je comprends qu'actuellement quelques-uns des membres de la Cour maintienne le droit d'action, non-seulement pour l'amende, mais pour le remboursement de $111.30. Ceci explique pourquoi, dans mes notes premières, je n'ai pas traité cette partie de la question. Je vais maintenant expliquer ma manière de voir à cet égard. Le Statut dit (ch. 15, sec. 126, des S. R. B. C.) : " Si quelque commissaire ou syndic d'école ou tout " autre personne fait un certificat ou rapport faux, au moyen " duquel il obtient ou cherche à obtenir frauduleusement des " deniers sur le fonds des écoles publiques, il devra non-seule" ment rembourser les deniers ainsi obtenus, mais il encourra " de plus une amende de pas plus de quarante piastres, ni de " moins de dix piastres au profit du fonds local des écoles, la" quelle sera recouvrée sur la poursuite de toute personne in" téressée à la bonne administration des écoles communes, sur " le serment d'un témoin digne de foi, devant tout juge de

" paix ou devant la Cour de Circuit ; et si cette amende n'est " pas payée sous dix jours après jugement, elle sera prélevée " ainsi que les frais, par la saisie et vente des biens et effets " du Défendeur ; et, à défaut de biens et effets suffisants, le " Défendeur pourra être emprisonné et détenu dans la prison " commune pendant un jour pour chaque soixante centins du " montant de l'amende et des frais, ou de la balance qui peut " être due." Or, je le demande, est-il, par cette section, donné droit d'action au Demandeur pour recouvrer les $111.30, et pour demander que le Défendeur soit condamné à payer cette somme au fonds public des écoles ? Il n'y a pas un mot dans la rédaction de cette section qui puisse prêter à cette interprétation. On trouve bien que le Défendeur remettra ce qu'il a indûment reçu. On trouve bien aussi que le recouvrement de l'amende pourra être fait à la poursuite de tout individu intéressé au bon fonctionnement des écoles, mais pas un mot n'indique que le droit de poursuivre s'étende à faire remettre à la demande du Demandeur les $111.30 illégalement reçus. Une telle interprétation est contraire à tout principe, et je crois qu'il n'y a pas de précédent à citer pour montrer que la Couronne ait jamais permis à un particulier (*private prosecutor*) de poursuivre une action de dette pure et simple appartenant à la Couronne, simultanément avec une amende. On ne trouvera pas de statut qui ait conféré à un particulier (*private prosecutor*) de poursuivre autre chose qu'une amende avec le recouvrement de ce qui lui est dû personnellement pour dommages, si ce n'est notre statut pour la protection d'agriculture et, dans ce cas, le dommage n'appartient pas à la Couronne, mais bien au particulier poursuivant. Mais on dira que c'est l'action populaire que le statut a voulu donner ? Je réponds par une question. Qu'est-ce que l'action populaire ? Toutes les définitions que nous en trouvons vont à dire que cette action populaire n'est donnée à un particulier (*private prosecutor*) que pour recouvrer une amende pour infraction ou violation de quelque statut pénal, et cette action s'exerce par le Plaignant particulier *qui tam pro Domino rege quam pro se ipso*, et jamais on ne trouvera que la Couronne ait permis à un Plaignant particulier de faire le recouvrement d'une de ses créances ou dettes purement civiles. (*Tomlin's law Dict.*, vo. action.) Dans le droit Romain, il y avait les actions publiques et les actions populaires intentées par les citoyens ; mais ces actions étaient toujours sous forme d'accusations criminelles pour la répression des crimes publics ; quant aux actions publiques, et pour la répression de certaines contraventions à l'édit du prêteur, telles que l'action "*dejecto vel effusi*" contre ceux qui ont fait ou laisser tomber quelque chose de nuisible sur un lieu où l'on a coutume de passer.

Quant aux actions populaires, cette dernière action répondrait assez à l'indictement pour nuisance publique. Mais ces actions, au civil, n'existent pas dans nos lois. Dans notre système de droit commun, le nombre des actions est limité aux personnelles, réelles et mixtes, subdivisées en mobiliaires et immobiliaires, et possessoires et pétitoires ; et dans quelle catégorie assez limitée de ces actions placerions-nous l'action par laquelle un simple particulier, sans y être expressément autorisé par la Législature, réclamerait, dans l'intérêt de la Couronne, une dette purement civile appartenant à la Couronne ? Je n'en puis imaginer le nom, et je ne la trouve ni dans le droit Romain, ni dans notre droit commun, ni dans aucun statut, et encore moins dans le ch. 15 des S. R. B. C. Quoique l'argument *ab inconvenienti* ne soit pas le plus fort de logique, cependant dans certains cas, il sert à démontrer la fausseté de l'interprétation des lois, que l'on doit toujours supposer sages et faites pour le plus grand bien. Supposons pour un instant que la réclamation de la dette civile en cette cause, ou bien du chiffre minime de $111.30, portât celui de £10,000, ne serait-il pas possible qu'un Défendeur qui aurait accaparé ce montant du fonds des écoles et qui désirerait le garder, s'arrangerait avec un voisin et conviendrait de se laisser poursuivre par ce bon voisin pour le recouvrement de ces £10,000, et de l'amende de $10, et lui dirait : *vous porterez votre action si mal, vous aurez le soin de faire si peu de preuve, que la poursuite sera renvoyée.* Et les £10,000 que deviendraient-ils ? Ils resteraient au Défendeur. Ne serait-ce pas chose jugée ? Pourrait-on recommencer la poursuite ? Non, si l'interprétation donnée par la majorité de la Cour est saine et légale ; car, à moins que le recours ne soit réservé au moyen *d'un sauf à se pourvoir*, le Défendeur au civil peut réclamer son renvoi au moyen du plaidoyer de chose jugée. Voilà une des conséquences singulières qu'entraînerait cette interprétation. Donc le législateur n'a pu vouloir donner à un simple particulier le droit de compromettre les réclamations civiles de la Couronne en conférant à un individu quelconque l'exercice des termes semblables. L'action, si action il y a, pour le recouvrement de ces $111.30, réside donc exclusivement dans la Couronne. Je passe maintenant à citer quelques autorités pour démontrer qu'il y a cumul d'actions en cette cause ; je citerai en première ligne la décision de cette Cour du Banc de la Reine, prononcée le 9 juillet 1857, par leurs Honneurs Sir L. H. LAFONTAINE, AYLWIN, DUVAL et CARON, dans la cause d'*Oneil* vs. *Atwater*, et que l'on trouve rapportée à la page 310, 7 *R. J. R. Q.* Le Demandeur en cette cause-là poursuivait le Défendeur pour assaut et batterie, injures verbales, poursuite malicieuse et incarcération comme magistrat. La Cour Supérieure et la Cour d'Appel

furent unanimes à déclarer qu'il y avait cumul de causes d'action et ordonnèrent que le Demandeur eût à faire choix d'une de ces causes d'action, et qu'à défaut de ce faire il serait renvoyé de sa demande. Je cite ce précédent pour faire voir ce que c'est que cumul de causes d'action et pour en démontrer les conséquences. Dans le cas présent, le Demandeur poursuit le recouvrement d'une dette purement civile en même temps que le recouvrement d'une pénalité. L'une de ces causes est civile, l'autre est criminelle. Peu importe qu'elles proviennent du même délit, il suffit que leur nature soit différente, et elles sont aussi différentes que le possessoire l'est du pétitoire. Comme je l'ai dit plus haut, le Demandeur, quoiqu'il ne lui ait pas été enjoint de faire choix d'une de ses causes d'action, a cependant été notifié de l'existence de ce cumul, et de l'incompatibilité de ces causes d'action ; et cependant il n'a jamais voulu déclarer son intention de renoncer à l'une pour s'en tenir à l'autre, mais il a persisté à les maintenir l'une et l'autre : et, dans ce cas, la Cour ne pouvant faire choix de l'un ou de l'autre chef de poursuite, doit renvoyer son action *in toto*.

MONDELET, J. : 1o. Il est évident que l'Appelant a intérêt
" dans la bonne administration des écoles communes. 2o. Il
" n'y a pas ce cumul d'action dont se plaint l'Intimé. 3o. Il
" n'y a pas de limitation d'action, comme le prétend l'Intimé.
" La défense en droit n'était pas le mode de se plaindre du
" cumul d'action s'il y en eût eu. Elle aurait dû être renvoyée.
" Au mérite, il est constaté que l'Intimé a fait un rapport
" faux : il est par conséquent passible de l'action qui a été
" intentée contre lui, par l'Appelant, puisqu'au moyen de ce
" faux rapport, il a obtenu l'allocation du gouvernement, la-
" quelle, par la loi, ne pouvait être accordée, qu'en autant
" qu'une somme correspondante aurait été prélevée sur les
" contribuables. Le motif de la loi à cet égard est d'intéresser
" à la cause de l'éducation les localités et tous ceux qui les
" habitent. Des procédés comme ceux qu'a frauduleusement
" commis le curé Roy, sont de nature à produire un effet tout
" contraire. Il importe à la société que la cause sacrée de
" l'éducation ne reçoive aucune atteinte du charlatanisme reli-
" gieux ou politique, le législateur l'a sagement voulu ainsi,
" les cours doivent punir toutes les tentatives que l'on serait
" disposé de faire, de quelque part qu'elles viennent, pour
" nullifier les sages dispositions des lois, et empêcher que des
" individus, soit pour une cause ou pour une autre, ne subs-
" tituent au véritable et patriotique moyen de faire avancer
" le peuple, celui de le tenir dans l'asservissement et dans
" l'ignorance et, par conséquent, dans la dépendance. Il est à
" espérer que le curé qui a tenté cet expédient, n'y retournera

" plus, et ce qui lui advient aujourd'hui, sera un salutaire " avertissement à qui de droit. L'action aurait dû être maintenue, au lieu d'être déboutée. Le jugement doit être infirmé " et les conclusions de l'action de l'Appelant doivent être accordées."

Le jugement est motivé comme suit : " La Cour, considérant qu'il est prouvé que l'Intimé, le premier janvier 1863, à Saint-Norbert-d'Arthabaska, district d'Arthabaska, en sa qualité de secrétaire-trésorier de la municipalité scolaire de la paroisse de Saint-Norbert-d'Arthabaska, a fait un certificat faux de cotisation pour lequel il a faussement et frauduleusement certifié avoir reçu et remis à la disposition des commissaires de la municipalité la somme de $111.30, égale à la part afférente à ladite municipalité, sur les deniers octroyés par la législature, pour le soutien des écoles, pour les derniers six mois, pour l'année 1862, lequel certificat, le Défendeur a signé là et alors en sa qualité de secrétaire-trésorier. Considérant que, au moyen dudit certificat faux et frauduleux, le Défendeur a obtenu et s'est, le ou vers le vingt février 1863, fait frauduleusement payer par le surintendant d'éducation des écoles pour le Bas-Canada, qu'il a trompé et ce, sur les deniers du fonds des écoles publiques du Bas-Canada, ladite somme de $111.30. Considérant que, par la loi, ledit Intimé est, par là, passible d'une amende n'excédant pas quarante dollars, ni moins de dix dollars. Considérant que l'Appelant, était bien fondé à porter contre l'Intimé, la présente action, en laquelle il n'y a pas cumul prohibé par la loi, ni prescription de trois mois, contre icelle, comme à l'égard de certaines poursuites devant les Juges de Paix. Considérant, par conséquent, qu'il y a erreur dans le jugement rendu, le sept mars 1865, par la Cour de Circuit, pour le district d'Arthabaska, déboutant l'action de l'Appelant ; cette cour casse, annulle et met au néant ledit jugement ; et, procédant à rendre le jugement qu'aurait dû rendre la Cour de Circuit, déboute la défense en droit de l'Intimé, et procédant au mérite, cette cour condamne l'Intimé à payer la somme de quarante piastres d'amende au profit du fonds local des écoles de la paroisse de Saint-Norbert-d'Arthabaska, aux dépens tant de la cour de première instance qu'en cette cour ; au paiement et satisfaction du présent jugement sera l'Intimé contraint suivant la loi et, à défaut de biens et d'effets suffisants, pour satisfaire audit jugement, sera ledit Intimé emprisonné en la prison commune du susdit district d'Arthabasba et, là, détenu à raison et suivant au jour, par chaque soixante *cents* du montant de ladite amende et des frais, ou de la balance qui pourra être due avec ensemble les dépens, jusqu'à ce que ladite amende ait été payée avec dépens. *Dissentiens*, l'honorable M. le juge AYL-

WIN, qui est d'opinion que la condamnation devrait être tant pour la somme frauduleusement reçue par l'Intimé que pour l'amende. (12 *J.*, p. 65.)

E. L. PACAUD, procureur de l'Appelant.

TALBOT et LUSIGNANT, procureurs de l'Intimé.

APPEL AU CONSEIL PRIVE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 20 juin 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, DRUMMOND, MONDELET et TASCHEREAU, Juges.

PACAUD, Appelant, *et* ROY, Intimé.

Jugé : Qu'il n'y a pas appel à Sa Majesté en son Conseil Privé d'un jugement condamnant à une somme de $40, quoique, faute de satisfaire à ce jugement, l'Intimé fût condamné à la contrainte par corps jusqu'à ce qu'il eût ainsi satisfait audit jugement. (1)

L'Appelant ayant réussi à faire annuler le jugement rendu contre lui en Cour Inférieure déboutant son action, la Cour d'Appel condamna l'Intimé à remettre $40 au fonds de la municipalité scolaire de la paroisse dans laquelle l'affaire, sujet de l'action, s'était passée, et de plus donna à l'Appelant droit de *contrainte par corps* sur l'Intimé, s'il se refusait à satisfaire à ce jugement. L'Intimé fit motion pour appel au Conseil Privé de Sa Majesté du jugement rendu contre lui en Cour d'appel, prétendant qu'il avait ce droit d'appel puisque sa liberté était en question, vu la contrainte par corps.

TASCHEREAU, Juge : Il est évident que, d'après notre loi, la motion pour appel au Conseil Privé de Sa Majesté doit être rejetée. Cet appel aurait peut-être été permis si toute la somme demandée eût été accordée, mais la somme est si petite que l'Intimé ne peut invoquer notre statut permettant l'appel en certains cas. L'argent ne doit pas revenir au gouvernement de Sa Majesté, mais bien au fonds de la municipalité, ce qui fait que l'Intimé ne peut non plus se prévaloir de cette raison. Il est vrai que la liberté du Défendeur en Cour inférieure est en question, mais ici encore il faut suivre la loi qui ne donne pas cela comme une raison d'appel en ce cas, bien qu'il nous soit permis de dire qu'il est injuste que pour une petite portion de terre, ne valant que quelques deniers, que des voisins se disputeraient entre eux, il y aurait droit d'appel au Conseil Privé, tandis que, lorsque la liberté, le premier des droits de l'homme, et le plus précieux à ses yeux, est menacée, il ne peut

(1) V. art. 1178 C. P. C.

se pourvoir au moyen d'un tel appel. JUDGMENT : Take nothing by motion. (16 *D. T. B. C.*, p. 398.)

PACAUD, pour l'Appelant.

TALBOT et TOUSSIGNANT, pour l'Intimé.

POURSUITE SUR JUGEMENT ETRANGER.

SUPERIOR COURT, Montréal, 30th April, 1866.

Before BADGLEY, Justice.

HOPPOCK *et al.*, Plaintiffs, *vs.* DEMERS, Defendant.

Jugé : Que, dans le cas d'un Défendeur poursuivi sur un jugement rendu à l'étranger, la Cour accordera une motion que le Demandeur produise le billet, ou compte de particularités, sur lequel ledit jugement a été rendu. (1)

BADGLEY, Justice : There are two cases brought against Defendant, Demers, upon foreign judgments, and motions have been made in one case that Plaintiffs be held to produce the note upon which the judgment is founded and, in the other, the bill of particulars of the goods sold. In the present case, the judgment is alleged to have been rendered on the 5th April, 1858, in the Circuit Court, in the county of Fond-du-Lac, in the state of Wisconsin, and the law permits that actions be instituted upon foreign judgments, and following a decision given some years ago, where an action was brought on a judgment obtained in England, I shall order the bill of particulars to be filed in the one case, and the note in the other. Motion granted. (16 *D. T. B. C.*, p. 399.)

LEBLANC, CASSIDY and LEBLANC, for Plaintiff.

GIROUARD, for Défendant.

POURSUITE SUR JUGEMENT ETRANGER.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 28 novembre 1867.

Coram BERTHELOT, J.

HOPPOCK *et al. vs.* DEMERS.

Jugé : Qu'attendu le défaut par un Demandeur de produire un compte détaillé des marchandises vendues et livrées, mentionné en un jugement rendu en pays étranger, son action fondée sur ce jugement forain sera renvoyée avec dépens.

Les Demandeurs réclamèrent du Défendeur le montant d'un jugement rendu par la Cour de Circuit pour le comté de Fond-

(1) V. art. 42a C. P. C.

du-Lac, dans l'Etat du Wisconsin, un des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, pour la valeur des marchandises vendues et livrées. Le 20 avril 1866, le Défendeur fit motion que les Demandeurs fussent tenus de produire le compte détaillé des marchandises et effets mentionnés dans leur déclaration comme vendus et livrés au Défendeur comme faisant la base du jugement y relaté, et que toutes procédures en cette cause fussent suspendues jusqu'à ce que tel compte détaillé fût produit. Cette motion fut accordée le 30 avril 1866. (Voir le rapport de cette cause ci-dessus.) Le 17 avril, 1867, les Défendeurs firent de nouveau motion, qu'attendu que les Demandeurs avaient fait défaut de produire ce compte détaillé ainsi qu'il leur avait été ordonné de le faire par jugement interlocutoire en date du trente avril, 1866, un délai fut fixé par la cour dans lequel les Demandeurs devaient produire ledit compte et que, faute par eux de le produire dans ledit délai, l'action fut renvoyée avec dépens. Sur cette motion, un délai d'un mois fut accordé. Le 21 mai 1867, le Défendeur fit motion qu'attendu le défaut par les Demandeurs de produire le compte détaillé, l'action fût renvoyée avec dépens. Les Demandeurs, de leur côté, avaient fait motion, le 17 mai, 1867, pour faire reviser les jugements interlocutoires leur ordonnant de produire ce compte détaillé. "La Cour, ayant entendu les parties, premièrement sur la motion des Demandeurs du 17 mai dernier, demandant que les deux jugements interlocutoires rendus par cette Cour, l'un en date du 30 avril, 1866, soient revisés par cette Cour, et qu'iceux soient annulés, cassés et mis au néant, et, secondement, sur la motion du Défendeur du 21 mai dernier, qu'attendu le défaut par les Demandeurs de produire le compte détaillé, des marchandises vendues et livrées par les Demandeurs au défendeur, mentionné en la déclaration et ce conformément au jugement du trente avril, 1866, cette action soit renvoyée et déboutée avec dépens, a rejeté la motion des Demandeurs avec dépens, et a accordé la motion du Défendeur en conséquence, a renvoyé et débouté l'action des Demandeurs avec dépens. (13 *J.*, p. 224.)

LEBLANC, CASSIDY and LEBLANC, avocats des Demandeurs.
D. GIROUARD, avocat du Défendeur.

CONSENTEMENT.—IVRESSE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 avril 1869.

Coram TORRANCE, J.

VERDON *vs.* VERDON.

Jugé: Qu'un acte notarié, consenti dans un état d'ivresse causé par le dol pratiqué par l'autre partie contractante, est sujet à rescision.

TORRANCE, J.: This is an action by a person to set aside a deed of donation which he made to his brother. He alleges that he had been made drunk by his brother in order to get him to make this donation. The Court is of opinion that the case of Plaintiff is made out. An *arrêt* is referred to in Solon, *Nullité*, vol. 1, n. 39, pp. 21, 22, by which a deed was set aside on similar grounds. "La Cour, considérant que le Demandeur a établi, par une preuve légale et suffisante, les allégués essentiels de sa déclaration, et plus particulièrement qu'au moment où le prétendu acte de donation a été consenti par le Demandeur, ce dernier n'avait pas sa connaissance et ne jouissait pas de sa liberté intellectuelle, étant à ce moment-là dans un état d'ivresse, et qu'il n'a été amené à donner un prétendu consentement à cet acte que par le dol et les manœuvres pratiqués par le Défendeur à cet égard, la Cour, en conséquence, maintient la demande du Demandeur et déclare nul et de nul effet, rescinde, annulle, casse et met au néant ledit acte de donation reçu devant Maître LeCavalier, notaire public, et témoin, et portant date le vingt novembre, 1866, et ordonne que les parties soient mises en même et semblable état qu'elles étaient avant la passation dudit acte de donation. Et la Cour déclare la terre décrite audit acte de donation, être la propriété du Demandeur, et condamne le Défendeur, au cas où il a pris possession, de délaisser ladite terre, maison et dépendances, sous quinze jours de la signification à lui faite du présent jugement, et à livrer la possession et paisible jouissance de ladite terre et premises au Demandeur. (13 *J.*, p. 223.)

HOULE, avocat du Demandeur.

BÉLANGER and DESNOYERS, avocats du Défendeur.

TEMOIN.—FEMME MARIEE.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30 Avril 1866.

Before BADGLEY, Justice.

LEFORT, Plaintiff, *vs.* MARIE DIT STE-MARIE, Defendant.

Jugé : Qu'une femme ne peut être interrogée sur faits et articles, ou examinée comme témoin contre son mari, à moins qu'elle ne soit partie à la cause et que ses droits y soient en question, mais pas autrement. (1)

BADGLEY, Justice : This action is brought upon a notarial obligation, made by Defendant, in favor of Plaintiff, in 1837, for moneys lent and advanced. The plea is a plea of payment ; and Defendant has moved, " that, inasmuch as Catherine Guérin, Plaintiff's wife was *commune en biens* with him at the time the debt was incurred, and still is so, that he be permitted to examine the said Catherine Guérin, on interrogatories *sur faits et articles.*" The principle laid down is that a wife may be examined when she is in the cause and her rights are concerned, but, when the husband alone is sued, as in this case, she cannot be examined on *faits et articles*, or as a witness against her husband. Motion rejected. (16 *D. T. B. C.*, p. 400.)

MOREAU, OUIMETTE and CHAPLEAU, for Plaintiff.
LANCTOT and LAURIER, for Defendant.

VOISINAGE.—ECHENILLAGE.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL DE LA COUR DE CIRCUIT, DISTRICT DE MONTREAL, Montréal, 29 février 1868.

Coram DUVAL, J. en Chef, AYLWIN, J., DRUMMOND, J., BADGLEY, J.

ARCHIBALD FERGUSON, Demandeur en Cour Inférieure, Appelant, *et* JACOB HENRY JOSEPH, Défendeur en Cour Inférieure, Intimé.

Jugé : 1o. *L'échenillage* n'est pas obligatoire en ce pays. 2o. La prescription trentenaire s'applique aux arbres plantés sur l'héritage voisin près de la clôture de division. 3o. *Secus* des branches et racines de ces arbres.

En Septembre 1864, Ferguson avait intenté contre l'Intimé une action en Cour de Circuit où il alléguait que les parties, étaient propriétaires de deux immeubles adjacents et séparés

(1) V. art. 252 C. P. C. et 1231 C. C.

par une clôture près de laquelle l'Intimé avait laissé croître des peupliers et des saules, dont les branches et les racines s'étendaient sur la propriété de l'Appelant; qu'une quantité considérable de chenilles et autres insectes étaient tombés de ces arbres, et avaient dévasté ses pruniers; que sa perte s'élevait à $100; il concluait à ce qu'il fût ordonné à l'Intimé de couper les branches et les racines qui s'étendaient sur sa propriété, d'enlever les peupliers et les saules à telle distance de la clôture commune que leurs branches et racines ne pourraient plus nuire à la propriété de l'Appelant, et, faute de l'Intimé de se conformer à telle injonction dans un certain délai, permis à l'Appelant d'enlever lesdits arbres, branches et racines, aux frais, risques et périls de l'Intimé; enfin que ce dernier fût condamné à lui payer $100 par forme de dommages-intérêts, et les dépens. L'Intimé répondit à l'action par une *fin* de non-recevoir tirée de deux motifs; savoir, que *l'échenillage* n'étant pas obligatoire en ce pays, et chaque propriétaire étant, suivant une coutume immémoriale, tenu de protéger sa propriété contre ces insectes, l'Intimé n'était pas responsable du dégât qu'ils avaient pu commettre; sur l'autre point, l'Intimé ayant été, par lui-même et ses auteurs, en possession, depuis trente ans et plus, desdits peupliers et saules, cette plantation continue et la croissance des branches pendant cet espace de temps constituaient un droit de prescription en sa faveur. Ferguson prouva, par plusieurs témoins, que ses arbres fruitiers avaient été dévastés par les chenilles, et que les branches et les racines des saules et peupliers de l'Intimé s'étendaient sur sa propriété, à une distance de quinze ou vingt pieds. De son côté, l'Intimé fit constater, à l'enquête, que les peupliers et saules avaient cinquante ou soixante ans d'existence; que les chenilles avaient été fort abondantes pendant l'été de 1864. Un témoin, James Davidson, jardinier de trente-cinq ans d'expérience, et qui a étudié spécialement les habitudes des chenilles, établit une théorie assez singulière et qui mérite l'honneur d'une mention particulière; voici un extrait de son témoignage: " The only way we have " of checking caterpillars, is by destroying their rings, both in " the fall and in the spring. If the rings are not destroyed, " the carpillars, as soon as formed, immediately destroy the " foliage of the trees where the rings were, that is, where the " caterpillars have been bred. It is necessary, also, to destroy " the caterpillars that are left on the trees once a day: that is " my practice. I never observed caterpillars travel until they " had ceased growing, so long as the tree on which they have " been bred supplies them with food, unless removed by violence. Whence once caterpillars commence travelling they " cease feeding and become harmless. There is a garden oppo-

" site mine with a great many apple trees in it. The owner of " that garden never takes any trouble to destroy rings or cater- " pillars; and last year, and other years, they came over into " my garden by millions, and I did not mind it for they did " my trees no harm, because at this stage of their existence " they cease feeding or to commit depredations, for they are " then about to get into the cocoon state. There are four states " of caterpillars; the fly, the egg, the caterpillars and the co- " coon; nobody can tell where the fly comes from; it is impos- " sible to prevent the eggs from being deposited in the trees. " I submit that if the rings are scrupulously taken off, and " the caterpillars that have been formed on those trees killed " off constantly for a fortnight, the fruit trees will receive " no harm from the caterpillars that come from the neigh- " bours or other parts, because, as I said before, the caterpil- " lars never travel until they have ceased feeding; generally " speaking, where caterpillars destroy fruit trees, it is owing " to the negligence of the owners of the fruit trees. The foliage " in my garden was not injured in the least, because I took " care to destroy my own rings and caterpillars; and although " the caterpillars came from my neighbour's garden on to my " trees, they did my foliage no harm. In fact, I find their eco- " nomy very similar to silk worms, they commence immediate- " ly feeding as soon as they are hatched, and then they sicken " and commence to travel to find a favourable position into " which to spin their cocoon, therefore they cease to commit " depredations as soon as they travel." A l'audition, DAY, pour le Demandeur, prétendit qu'une servitude ne pouvait s'acquérir sans titre, que, par conséquent la prescription n'était pas acquise au Défendeur; en outre qu'il fallait user de sa propriété de manière à ne pas nuire aux voisins: enfin, que le Défendeur était responsable du dégât commis sur le terrain voisin par les chenilles provenant de sa propriété; et il cita: Ferrière, petit comm. de Cout. de P., Art. 186, T. 1, p. 403-4; Domat, T. 1. p. 205, Dommages, Tit. 8, §1, p. 206: Pothier, T. 2, Cont. de Soc., No. 235-236, p. 622; Guyot, Rép., T. 1, Vo. *Arbre*, p. 561: Anc. Desgodets, p 109, a N. n. b. et p. 324, a N. Nos. 20, 21 et n., h., i. et p. 325-326: Nouv. Desgodets (Lepage), T. 1, p. 227-8: Code Can., p. 392 à 395, Servitudes réelles, art. 30 à 33: Nouv. Denizart, T. 2, Vo. *arbre*, cité dans le code.

ROY, pour le Défendeur, répondit qu'en l'absence d'une loi spéciale à cet effet, *l'échenillage* n'était pas obligatoire; que les chenilles n'étant ni sa propriété, ni sous sa garde, il ne pouvait être garant des dommages qu'elles causaient: sur la question de prescription, qu'il ne s'agissait pas pour le Défendeur d'acquérir, mais bien de se libérer d'une servitude; et il referа aux autorités suivantes: Guyot, Rép., Vo. *arbre*, p. 562, c. 2; Nouv.

Denizart, Vo. *arbre*, p. 248, c. 2, a. 1, § 2, et cite *Henrys Boniface*; Nouv. Desgodets, T. 1, part. 1, ch. 6, art. 4, p. 367, dernier alinéa; Prost de Royer, Vo. *Arbre*, p. 138 et 139, et les arrêts *Perdrigeon* et *Gondouin*, *præsertim*, ce dernier, qui, adoptant le plaidoyer de prescription trentenaire, renvoie la demande qui concluait à *faire couper les branches* de deux chênes qui s'étendaient sur l'immeuble du Demandeur. Brillon, Dict., T. 1, p. 239-240, rapporte les deux arrêts *Perdrigeon* et *Gondouin*. Pandectes françaises, T. 5, p. 453; Fournel, voisinade, T. 1, p. 145-155, a. 4; Toulier, T. 3, p. 376, Nos. 512 à 514 *in fine*, et 515; Troplong, *Prescription*. T. 1, p. 346-7, p. 479. Proudhon, *Usage*, T. 1, p. 609 à 613 : Code du B. C., Art. 562.

Les prétentions du Défendeur furent accueillies et sanctionnées par le Tribunal Inférieur et l'instance déboutée par le jugement dont suit la teneur: Le 30 Décembre 1865. Présent: *L'Hon. Juge Berthelot.* "La Cour, considérant que le Demandeur n'a pas prouvé les allégués de sa déclaration, et particulièrement que ce soit par le fait, la faute ou la négligence du "défendeur sous aucun rapport, qu'il a souffert les dommages "dont il se plaint; considérant, de plus, que les arbres forestiers sur la propriété du Défendeur, le long de la clôture qui "avoisine le demandeur, sont des arbres qui existent depuis "plus de trente ans, et près de cinquante et soixante ans, sans "que le Demandeur ou ses auteurs aient jamais élevé aucune "prétention à les faire enlever, et que le Défendeur doit être "maintenu dans sa possession desdits arbres dans l'état dans "lequel ils sont, ainsi qu'il en a été, lui et ses auteurs, depuis "plus de trente ans, par une possession paisible, publique et "continue, et que d'ailleurs il n'est pas prouvé qu'il soit la "cause des dommages dont ledit Demandeur se plaint, a renvoyé ladite action avec dépens."

Ce jugement, porté en appel, y fut confirmé sur la question des dommages réclamés et de la prescription, mais modifié en ce qui concernait *l'élagage* des branches.

Badgley, J., *dissentiens*: The lands of the parties adjoin in the rear; that of Appellant is a flourishing orchard of plum and other fruit trees, whilst that of Respondent is an open field separated from his neighbour's land by a low wooden fence and seven or eight very old scraggy and unornamental poplar and willow trees. The roots of these trees, as they naturally would, got under the fence and intruded into the orchard, whilst their overhanging branches shaded off the light and the sun, and themselves, in general, bred legions of caterpillars. These trees appear to have been a source of annoyance to Appellant for some years, but in the early part of 1864, whilst his fruit trees were clear of vermin, he requested Res-

pondent more than once to cut off the overhanging branches and to destroy the carterpillars which were swarming upon them. The request was treated with indifference and, although Appellant employed extra labour and laid out money to protect his trees from the destructive inroads of Respondent's vermin, his trees in a few days were eaten off clean of leaf and blossom, and, in consequence, he sued the latter for the injury suffered by him in the loss of the season's fruit, and for the additional outlay for its protection, at the same time requiring Respondent to cut down the trees themselves and to pay for the injury done by their roots to his orchard ground. The law protects the Respondent's plea against cutting down the trees, as they exceeded 30 years of growth, being 50 or 60 years old: the law does not compel the tree grower to follow and grub up the root in its natural course, but authorizes the person affected by their entrance upon his land to cut up such roots wherever he may find them within his land. (See Code Civ. of L. C., art. 529.) The remedy in this respect being in Appellant's hands, he has no right of action; but he has a right of action for the removal of the overhanging branches and, in my opinion, for injury caused by his own gross neglect in encouraging an emigration of caterpillars from his own trees and premises to those of his neighbour. The damage done from the overhanging branches is merely nominal and can only be so considered; but it is said that *échenillage*, like many other slovenly agricultural and horticultural annoyances, is not compulsory in this country although it was made so in old France, by arrêts of 4th Feb., 1732, 29th January, 1777, cited by Prost de Royer, *Vo.* agriculture, as he says *in conformity with the Ordinance of* 1601, *qui admoneste de chas-ser les bêtes nuisibles.* However that may be, if the obligation is not compulsory, that compulsion must be restrained to oneself, and though the distance of trees from the common boundary is not precisely fixed, Goupy, on Desgodets (p. 316, 7, 8,) says that *en pleine campagne*, in the country, *il faut essentiellement que le voisin ne souffre aucun dommage de ces arbres et dans les jardins surtout à la ville*, fruit trees must not injure mitoyen walls by their roots, nor have their branches attached to these walls, " et ne s'étendent jamais au delà," and Prost de Royer says that, in this case, the general maxim of natural law must be followed, *qu'il n'est pas permis de nuire à son voisin. Sic utere tuo ut alienum non lœdas.* It may be that Respondent might not be compelled to clear his own trees from their caterpillars; he was at perfect liberty to do as he pleased with his own; he might be as regardless of the injury done to his own trees as he pleased, provided he kept the devastating creatures within his own territory, but

if by so doing he knowingly and negligently injures his neighbour also, he becomes liable for the consequences of his own negligence; the criterion is, whether Respondent was guilty of negligence, viewing his conduct with reference to the condition which a prudent man would, under such circumstances, have observed. The Appellant appears to have acted with forbearance and neighbourly good will, he notified Respondent and requested him to clean his trees and cut his branches, but without avail: the caterpillars on his own trees could not injure them, because these trees were very old and scraggy, nor could they injure his open field in common grass, but he could not but know the voracious and migratory habits of these injurious creatures, and should have kept them to himself: a man may keep an animal *feræ naturæ* on his own land, or a ferocious dog, and no one can interfere with him for so doing until some mischief happens, yet as soon as the animal has done injury to any person, then the act of keeping it becomes, as against the injured person, an act for which the owner is responsible. Such is the case here; so long as the carterpillars remainded within the Respondent's boundaries, he could not be interfered with; as soon as they invaded his neighbour's orchard, and injured Appellant, Respondent became liable for the injury done by him. The Appellant has proved the value of the fruit loss at $50, and he has proved his additional outlay at $9, for which he ought to have judgment. The overhanging branches should be cut off on a line upwards, just within the fence line, within days from the entering of the judgment.

CARON, J., : L'action est par l'Appelant Ferguson pour deux objets: 1o. Pour dommages lui résultant de ce que les chenilles qui se trouvaient dans les arbres croîssant sur le terrain du Défendeur, contigu à celui du Demandeur, se sont communiquées aux arbres fruitiers du Demandeur et lui ont causé des pertes au montant de £25. 2o. Pour le forcer à abattre lesdits arbres s'étendant par leurs racines et leurs branches sur le jardin du Demandeur et y causant divers dommages et inconvenients qu'il n'est pas tenu d'endurer et dont il a droit d'être débarrassé. Le Défendeur a répondu à l'action en disant: 1o. Que, quant aux chenilles, il n'était pas prouvé qu'elles fussent la cause des dommages dont se plaint le Demandeur, et que quand même ces chenilles seraient venues des arbres du Défendeur, il n'était pas tenu de ces dommages, vu que *l'échenillage* n'est pas obligatoire dans le pays. 2o. Que, quant aux arbres mêmes, ils étaient depuis plus de trente ans à la place qu'ils occupent actuellement, et que partant il a, par cette possession trentenaire, acquis le droit de les y laisser, à titre de prescription; pour ce qui

regarde les dommages prétendus causés par les chenilles, il suffit de dire que le Demandeur n'a nullement établi, à la preuve, que les dommages dont il se plaint *aient été* causés par les chenilles provenant des arbres du Défendeur, et de plus que le Demandeur a failli de montrer qu'en droit, le Defendeur était tenu de détruire les chenilles qui étaient dans ses arbres pour les empêcher de se répandre dans le jardin du Demandeur. Au reste, il est suffisamment établi en fait que l'échenillage n'est pas, par l'usage, considéré comme obligatoire et qu'il n'est pratiqué que volontairement, et suivant qu'il plaît à chacun. Sur ce premier point (la question de dommages) nul doute que le jugement dont est appel ne soit correct, lorsqu'il renvoie, quant à cette partie, l'action du Demandeur. La question de savoir si la prescription trentenaire, dont le jugement donne le bénéfice au Défendeur, est également bien décidée, souffre plus de difficulté. J'ai toujours été sous l'impression que le droit de laisser les branches et les racines s'étendre sur le terrain contigu du voisin était un véritable droit de servitude, qui, comme tout autre, ne pouvait s'acquéquérir sans titre. L'on ne doit pas être surpris de trouver dans les livres nouveaux écrits sur le code français, cette prescription reconnue et admise, par la raison bien simple que le code français permet l'acquisition des servitudes par une possession suffisante et sans titre. L'on ne doit pas non plus être surpris de trouver, en France, nombre d'arrêts qui ont décidé la même chose antérieurement au code, parce que cette prescription était reconnue par plusieurs coutumes, et par le droit romain, et aussi parce que c'est dans le ressort de ces coutumes, et dans les pays régis par le droit romain, que la plupart de ces arrêts ont été rendus ; mais ce qui doit surprendre c'est que dans le ressort du parlement de Paris, dont la coutume ne contient aucune disposition semblable mais qui, au contraire, a un article spécial déclarant que les servitudes ne peuvent s'acquérir sans titre, l'on puisse trouver des décisions déclarant que le droit qui nous occupe pouvait s'acquérir à titre de prescription. Avant de céder l'opinion que j'avais sur le sujet, il m'a fallu examiner avec attention les autorités citées au soutien de cette proposition ; voir où, et sous quelles circonstances ont été rendus les arrêts dont on entend se prévaloir ; si c'est en pays de droit écrit, si c'est dans les coutumes ; savoir s'il y avait des dispositions sur le sujet. Si quelques-uns de ces arrêts ont été rendus par le parlement de Paris, voir quelle en est la date, les circonstances et le nombre, et si, dans ce parlement, les arrêts en question peuvent être regardés comme formant jurisprudence. Etablir d'abord la loi, d'après la coutume de Paris, sur la manière d'acquérir les servitudes en général, et voir ensuite si cette loi, quant au parle-

ment de Paris, a été altérée, quand et comment. Malgré la disposition de la coutume de Paris (art. 186), qui décrète que nulle servitude ne peut s'acquérir sans titre, il est indubitable que le voisin qui avait, pendant plus de trente ans, souffert, près de la ligne commune, l'existence d'un arbre planté en contravention aux règlements, perdait, même dans le ressort de cette coutume, par prescription trentenaire, le droit de le faire arracher. Cette doctrine, admettant, en fait d'arbres, la prescription de 30 ans, ne peut être niée ; les opinions des auteurs et les décisions des tribunaux sont d'accord pour l'admettre non seulement d'après le droit nouveau, mais également d'après le droit ancien, non seulement dans les pays régis par le droit romain, mais dans les pays de coutume, y compris celui de Paris. La raison qui a fait admettre cette prescription dans la coutume de Paris et autres qui exigent un titre pour l'acquisition des servitudes en général, est que c'est au *propriétaire* de l'immeuble sur lequel est planté l'arbre qu'est imposée par la loi, l'obligation de ne planter qu'à une distance fixée de la ligne commune, c'est en faveur de l'immeuble voisin que cette obligation est imposée au propriétaire de l'arbre ; c'est l'immeuble sur lequel est l'arbre qui est le fonds servant, tandis que le voisin est le fonds dominant, c'est donc le premier qui est chargé de la servitude en faveur du second ; or, même d'après la coutume de Paris, l'on a toujours pu, au moyen de la prescription trentenaire, se libérer d'une servitude. D'après cette manière de voir, le propriétaire qui, pendant trente ans, a permis à l'arbre de son voisin de croître et de s'étendre vers la ligne plus que la distance permise, est censé avoir renoncé au droit de le faire abattre, et consenti à ce que le voisin fût, à toujours, libéré de l'obligation de le faire disparaître. Considérée de cette manière, la coutume de Paris ne se trouve pas opposée à la prétention généralement admise, puisque, d'après cette coutume, l'on peut toujours se libérer d'une servitude par la prescription trentenaire. Voir Solon, Prescrip., p. 199, No. 244 ; Proudhon "Usage," p. 371-372 ; Frérot, Répertoire des lois du voisinage, p. 25 et 26. Le jugement de la cour inférieure est donc encore correct en refusant au Demandeur le droit de faire abattre les arbres dont il se plaint en son action. Les autorités citées au barreau et plusieurs autres établissent clairement la prescription dont le jugement a donné bénéfice au Défendeur. Prost de Royer, 6 Vol., page 138 ; Sébire et Carteret, vo. *arbre*, p. 3 ; Arrêt du parlement de Paris, 5 Août 1606 ; Fournel, Voisinage, p. 142 et suiv. ; 2 Malleville, p. 122 ; 5 Pardessus, servitude, p. 456 ; Lahaie, p. 146 et les autorités qu'il cite ; Basnage, sur art. 608, Normandie. Mais ces autorités, tout en établissant la prescription trentenaire, quant aux arbres mêmes, soutiennent unanimement que "cette prescrip-

" tion ne s'oppose pas à ce que le propriétaire incommodé par " les branches ou les racines ne puisse user du droit qu'il a de " les couper ou de les faire couper." Solon, 199 ; Frérot, p. 26 ; Proudhon, Usage, p. 193. Or, dans ses conclusions, le Demandeur se plaint des branches et des racines et demande que celles qui s'étendent sur son terrain soient coupées, et cette partie de la demande aurait dû être accordée, puisqu'il est établi par la preuve que le Demandeur souffre de ces branches et racines. Je suis donc d'avis que le jugement doit être infirmé ; tout en exonérant le Défendeur de l'obligation d'abattre les arbres et de payer au Demandeur les dommages causés par les chenilles, je condamnerais le Défendeur à élaguer les branches et à couper les racines, si non permis au Demandeur de le faire faire lui-même aux frais du Défendeur.

Jugement : La Cour, considérant que, dans le jugement dont est appel, de la Cour de Circuit, en date du trentième jour de Décembre, 1865, lequel renvoie l'action dudit Appelant, il y a erreur, casse et annule le susdit jugement, et procédant à rendre le jugement qu'aurait dû rendre la Cour de Circuit ; Considérant, en droit, que *l'échenillage* forcé ou l'obligation pour le propriétaire de détruire les chenilles qui se trouvent sur ses arbres de manière à les empêcher de se rendre sur l'héritage voisin n'existe pas dans le pays, et qu'en fait il n'est pas établi que les dommages dont se plaint le Demandeur lui ont été causés par les chenilles provenant des arbres du Défendeur ; La Cour déboute le Demandeur de cette partie de ses conclusions où il demande à être indemnisé pour cette cause ; Considérant, de plus, en droit, que l'obligation imposée au propriétaire par l'usage ou par la loi de ne planter des arbres sur son héritage qu'à une certaine distance de la ligne limitative entre lui et son voisin se prescrit par trente ans, et que la possession pendant ce temps de tels arbres plantés à une moindre distance, libère le propriétaire de l'obligation de les abattre ; Considérant en fait que de la preuve faite, il résulte que les arbres dont se plaint le Demandeur existent et ont été tolérés par le Demandeur et ses auteurs depuis plus de trente ans à l'endroit où ils étaient lors de l'institution de l'action, et que, partant, le Défendeur a, par suite de cette possession, été libéré de la servitude légale à laquelle autrement il serait soumis, et qu'au contraire il a par là acquis le droit de garder lesdits arbres à l'endroit où ils sont actuellement, la cour déboute encore le Demandeur de cette partie de son action où il demande que le Défendeur soit condamné à les abattre et faire disparaître ; Considérant, en outre, que cette prescription ne s'applique pas aux branches et aux racines de tels arbres, lesquelles branches et racines peuvent et doivent être retranchées en tout temps à la demande du propriétaire sur l'héritage

duquel elles s'étendent et se prolongent ; Considérant enfin qu'il est constaté par la preuve au dossier que partie des branches et des racines provenant des arbres du Défendeur en litige en cette cause s'étendent et se prolongent au-delà de la ligne de démarcation entre les parties, sur le terrain du Demandeur, la Cour admet cette partie de la demande de l'Appelant où il conclut à ce que les branches et racines desdits arbres s'étendant ainsi et se prolongeant sur son terrain, soient coupées, et ordonne, en conséquence, que, sous quinze jours de la signification du présent jugement, le Défendeur sera tenu de couper, retrancher et enlever toute cette partie desdites branches et racines qui dépasse la ligne de démarcation ou clôture séparant les héritages des parties, et qui s'étend et se prolonge au-delà de ladite ligne du côté dudit Appelant sur son terrain, sinon et à défaut de le faire par l'Intimé, sous ce délai, permis audit Appelant de le faire faire aux frais et dépens dudit Intimé. (12 *J.*, p. 72 ; 10 *J.*, p. 333 ; 1 *L. C. L. J.*, p. 111.)

DAY et DAY, pour le Demandeur.

ROY et JOSEPH, pour le Défendeur.

VENTE.—CRAINTE DE TROUBLE.—APPEL.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE,

Montreal, 9th March, 1868

Coram DUVAL, C.-J., CARON, J., DRUMMOND, J., JOHNSON, J. *ad hoc.*

DORION, Plaintiff in Court below, Appellant, *and* HYDE *et vir*, Defendant in Court below, Respondents.

Held : 1st. That where a party is sued for the price of land which is burdened with hypothecs beyond the price claimed, and the party sued has demanded before action that such hypothecs should be discharged, or good and sufficient security given against all possible trouble arising from such hypothecs, and the Plaintiff has failed to cause the hypothecs to be discharged or the required security to be given, his action ought to be dismissed purely and simply.

2nd. That mere personal security in such a case is insufficient. (1)

3rd. That although in such an action, the Defendant, by her plea, only prays for the dismissal of the action, in case the necessary security be not given within a delay to be fixed by the judgment, and although the judgment in the court of original jurisdiction be rendered according to the conclusions of said plea, and such judgment be confirmed in review, the Court of Appeal, on an appeal instituted by the Plaintiff only, and without any cross appeal by the Defendant, and although the Respondent pray, in her answers to the reason of appeal, and in her *factum*, for the confirmation of both judgments, will nevertheless reform these judgments and dismiss the original action purely and simply.

(1) V. art. 1535 C. C.

This was an appeal, from a judgment rendered by Mr Justice SMITH, in the Superior Court, at Montreal, on the 30th of April, 1866, in the following terms :

"La cour, considérant que le Demandeur a établi en preuve que la Défenderesse, Mary Hyde, lui est endettée en une somme de $253.08, due comme suit, savoir : la somme de deux cent dollars étant le terme du paiement devenu dû et exigible le premier mai 1865, par et en vertu de l'acte de vente de l'immeuble y mentionné fait et consenti par le Demandeur à la Défenderesse, reçu devant Joseph Simard et son confrère, notaires, le six mars 1861, et celle de $53.08 pour les intérêts sur celle de six cent cinquante dollars, balance dudit prix de vente calculés au taux de huit par cent depuis le premier mai 1864, jusqu'au seizième jour de juin 1865, jour de l'assignation en cette cause. Et considérant que ladite vente a été faite avec garantie de tous troubles et empêchements généralement quelconques, et de plus qu'il paraît et qu'il est clairement établi par des actes et documents produits en cette cause par la Défenderesse au soutien de son *exception péremptoire ou fin de non recevoir* plaidée à cette action, que ledit immeuble, au temps où la vente en a été faite et consentie, était et est encore grévé, chargé et hypothéqué des charges, privilèges et hypothèques suivantes,savoir : 1° Pour la somme de cinq cents louis, montant du douaire préfix non encore ouvert, etc. 2° Pour la somme de trois mille louis, dit cours, etc. 3° Pour la rente constituée, capital, intérêts et cinq ans d'arrérages au capital de cent cinquante louis et un denier, etc. 4° Pour la somme de deux mille louis, dit cours, et intérêts, etc. 5° Pour l'hypothèque légale et générale reconnue et admise par le Demandeur dans sa première réponse à l'exception de ladite Défenderesse, etc. 6° Pour l'hypothèque générale et légale de six mille louis, dit cours, montant, etc. Et la cour considérant que la Défenderesse, en conséquence de ces hypothèques, charges et privilèges, a raison de craindre qu'elle sera troublée dans la jouissance et possession dudit immeuble, et que partant et suivant le statut en tel cas pourvu, la Défenderesse a droit de retarder le paiement de la partie du prix de vente et intérêts réclamés, et de garder entre ses mains, en entier jusqu'à ce que le Demandeur ait fait cesser les craintes de trouble de la Défenderesse ; maintient ladite *exception péremptoire ou fin de non recevoir* plaidée par la Défenderesse à cet égard et faisant droit sur la demande du Demandeur, condamne la Défenderesse à payer au Demandeur ladite somme de $253.08 avec intérêt à huit par cent sur celle de deux cents dollars, à compter du seize juin 1865, jusqu'à parfait paiement; mais la Cour ordonne qu'il soit sursis à l'exécution du présent jugement, tant pour le capital que pour les intérêts jusqu'à ce

que le Demandeur ait donné bonne et suffisante caution sous l'hypothèque de biens immeubles au bureau du protonotaire de cette cour, en la forme ordinaire, le cautionnement personnel par lui offert et fourni étant insuffisant, qu'elle, dite Demanderesse, ne sera jamais troublée et inquiétée dans la jouissance dudit immeuble à elles vendues par le Demandeur le six mars 1861, devant Joseph Simard et son confrère, notaires, à raison des susdites charges, privilèges et hypothèques. Et la cour considérant que le montant des hypothèques, charges et privilèges dont est grévé ledit immeuble, est de beaucoup plus élevé que le montant encore dû par la Défenderesse au Demandeur, et que la Défenderesse a, avant que le terme de paiement réclamé en la présente action ne devint échu, dénoncé au Demandeur les susdites charges, hypothèques et privilèges. Considérant que le Demandeur ni par sa déclaration, ni par ses réponses à ladite exception de la Défenderesse n'a offert de donner bonne et suffisante caution à la Défenderesse pour la garantie de tous ces troubles. Considérant que le Demandeur n'a, sous les circonstances, aucun droit aux intérêts par lui réclamés dans sa deuxième réponse à ladite exception péremptoire de la Défenderesse, a renvoyé et débouté les susdites deux réponses, et le condamne lui, Demandeur, à payer les frais de la présente action, tant en demandant qu'en défendant. Et la cour ordonne et adjuge de plus que, si d'ici à un mois le Demandeur n'a pas fourni à ladite Défenderesse le cautionnement ci-haut ordonné, son action en cettedite cause sera, à partir de ce délai, déboutée purement et simplement avec dépens comme dit est.

La cause, portée devant la Cour Supérieure siégeant en révision, fut confirmée le 29 septembre, 1866, par les Honorables Juges BERTHELOT, MONK, son honneur le Juge BADGLEY, *dissentiente*. Son honneur le Juge BADGLEY s'exprime ainsi en donnant les raisons pour lesquelles il différait d'opinion avec ses honorables confrères : The action is brought by the vendor of the immoveable sold against Defendant, the purchaser in possession, for an instalment of the price, $200, and $53 of interest due upon the balance of the price of sale. The sale was for $1250, payable by instalment, whereof $600 have been paid ; the interest was payable annually on the unpaid balance. The Defendant met the action by the exception of apprehended trouble from existing mortgages, and required security. Three mortgages existing on the property anterior to Plaintiff's possession of it and three others created by himself, arising out of his contract of marriage with his first wife, out of her will and out of his *tutelle* to their common children, have been set up as the grounds of the plea and the objects to be secured against. The Plaintiff has fyled a special

replication by which he pleads that the three earlier mortgages have been prescribed, and cannot affect the vendee as *tiers détentrice* of the property sold by him to her; that he is prepared to give security for the mortgages created by himself which he offers by personal security as legally sufficient, but that at all events he is entitled to have the interest claimed by him and withheld by Defendant, and for which judgment should be entered in his favour. And all these severally stated mortgages are set out in Defendant's plea and in the judgment rendered, it suffices to observe that two of the three earlier mortgages were given in '36, and the third in March, '41: that one of the first two was registered in '42 and the others in '43. These mortgages were established upon the lot prior to its purchase in 1845 by Madame Dorion, Plaintiff's first wife, and consequently prior to his acquisition of it under her last will, she having died in April, '51. His sale was made to Defendant in March, '61. The time elapsed from the date of the three first mortgages and Plaintiff's acquisition of the *immeuble* and possession as *tiers détenteur* are shewn plainly, as well as that elapsed in addition from his acquisitions in April, '51, to his sale to Defendant in March, '61. It would seem therefore that as to time settled for prescription *entre présents* by the article of the Custom, whether the mortgages run from their dates or as erroneously stated from their registration, prescription against them was acquired for the *immeuble* in question, and they were perfectly innocuous against the Defendant as *tiers détentrice*, and could not give occasion either to trouble or the fear of trouble. As matter of practice and procedure, the party pleading an exception to the action in the nature of an affirmative allegation puts himself in the position of a Plaintiff upon the exception, and Plaintiff replying thereto is as it were Defendant in exception, and may of course except and plead whatever would negative or tend to negative the exception in the case: the Plaintiff has pleaded by his answer to the exception the legal prescription of the three first mortgages, which he is justified in pleading as being of those rights which belong to persons *ayant intérêt de les faire valoir;* one of the objects of prescription being the liberation of real property from mortgage, it is a favourable plea in law, and in this case, the replication is a plea of liberation to the hypothecary demand set up against him by the plea of the Defendant. In thus pleading the existence of the mortgages, the Defendant has assumed the position of a mortgagee by excepting the right of the mortgagees for enforcing their mortgages against her as *tiers détentrice*, as they then appeared to exist, and thereby necessarily subjecting her plea to be met by all valid descriptive objections

against it. The time limited for prescription under the article having run out, the plea of trouble apprehended from the three first mortgages is not honest or legal, and therefore upon this point I am compelled to differ from the majority of the Court. We all agreed upon Defendant's right to have security against the mortgages contracted by the vendor himself which more than cover the entire balance remaining due upon the price of the sale, including the instalment sued for. For these the Plaintiff must give the proper legal security, personal security being useless, unless accepted by the Defendant. The only point remaining is the demand for the interest, which in my opinion is legally due and claimable by the Plaintiff from the Defendant. In whatever way interest may arise upon a sale of real estate, whether *ex natura rei* or by stipulation in the deed of sale, it cannot be brought into connection with mortgage trouble; the statute clearly applies only to the price of the sale. The statute says the purchaser fearing trouble may suspend the payment of *the purchase money*, the price, until *the vendor has removed the trouble* or *unless he shall give security against it.* These are the two alternatives, and they apply to the *price* only. By the effect of an hypothecary action against a *détenteur* and his *délaissement* of the mortgaged land, the land only, that is, its value when sold, would go to pay the mortgage money, but the *détenteur* would not be thereby relieved from the payment of the interest, the *jouissance* of the *fonds*, to his vendor; of course this applies to the interest or valued *jouissance* up to the institution of the action. The hypothecary action does not immobilize the interest due, nor can the mortgage have that effect, because neither go beyond the value of the mere land itself. The interest is independent of the mortgage right, and must belong to some one. It cannot belong to the vendee because he has agreed to pay it to his vendor, or if there be no stipulation respecting it, the law establishing it *ex natura rei* as *jouissance*, appropriates it in like manner to the vendor, otherwise the vendee would enjoy *fruits et intérêts* together. Interest in fact becomes as it were immobilized, or more correctly expressed, stopped in its course, only by the seizure of the *fonds*, or by the deposit of purchase money under proceedings for confirmation of title; except in these cases it belongs to the vendor and may be claimed by him *nonobstant les hypothèques.* The authorities are precise as to these only means above referred to for stopping the currency of the interest and the *jouissance des fruits de l'immeuble:* so long as the *terre* tenant has *les fruits* so long he must pay his interest; Grenier, *des Hyp.*, 1 vol., p. 300, explains this clearly: " A ce sujet je dois remarquer pour évi-

"ter toute confusion dans les idées, que l'inscription seule "n'est pas à proprement parler, un acte de l'exercice de l'hypothèque, elle n'a pas le caractère de tout ce qui est prescrit "de l'hypothèque, elle est seulement un signe de son existence "pour avertir les tiers. Mais cette hypothèque n'est point "encore en mouvement puisque l'inscription peut être effacée "par l'acquittement ou par l'extinction de la créance. Ce "mouvement ne commence qu'aux poursuites, dont l'objet est "de fournir au délaissement ou à l'expropriation de l'immeuble hypothéqué, afin d'opérer le paiement de la créance "qui est le but de l'hypothèque. En sorte que l'inscription "seule n'empêche nullement que le débiteur n'eût la pleine "propriété de l'immeuble qu'il a hypothéqué, et qu'il ne "jouisse de tous les droits attachés à la propriété. Cette idée "est la clef des principes en cette matière." Afterwards, he adds at p. 304, speaking of a sale of property having mortgages registered against it: "Il est de toute évidence que l'existence "de ces inscriptions n'influe en aucune manière sur l'effet de "la vente. Il ne pourrait y avoir quelques clauses préjudiciables aux créanciers que sous le rapport des intérêts du "prix. Or rien n'empêche que l'acquéreur ne paie les intérêts "du prix au vendeur." And again the same author in his 2 vol., p. 321, says: "Il résulte des principes que j'ai exposés, que "tant qu'il n'y a point eu d'exercice de l'hypothèque, de la "part des créanciers inscrits contre l'acquéreur de l'immeuble "grévé de cette hypothèque, celui-ci a su profiter des fruits et "que par conséquent n'est pas devenu débiteur des intérêts "qui les représentent; il peut se les retenir s'il les a payés au "vendeur, ou si en acquérant il s'était libéré envers ce dernier du prix de la vente. S'il n'avait point acquis l'immeuble, "le débiteur en aurait joui, les inscriptions ne les auraient "certainement pas empêchés, et dès lors l'acquéreur a pu en "jouir de même. Il n'est donc pas tenu envers les créanciers "des intérêts du prix de la vente qu'à courir du jour de la "ratification qu'il leur fait, car l'inscription n'empêche point "l'exercice de la propriété de la part du débiteur et le tiers-détenteur fait les fruits siens tant qu'il est de bonne foi. "Après l'inscription, l'acquéreur est à l'égard des créanciers "comme il était auparavant." The authorities to the same effect will be found cited from Zachariæ, Duvergier, Marcadé. In the case of *Dinning* vs. *Douglass*, decided in appeal, (1) in

(1) L'acquéreur, en possession de la propriété acquise dont il jouit des fruits et revenus et qui retient le prix d'acquisition jusqu'à ce que son vendeur se soit conformé à un jugement lui ordonnant de faire disparaître les oppositions produites à une demande pour lettres de ratification, est tenu de payer l'intérêt sur le prix d'acquisition à son vendeur, quoique ce dernier n'ait pas fait disparaître lesdites oppositions. (*Dinning* vs. *Douglass*, C. B. R., Québec, 13 juin 1859, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., DUVAL, J., et MEREDITH, J., confirmant le jugement de C. S., 7 R. J. R. Q., p. 259.)

which Chf. J. LAFONTAINE rendering the judgment for the court composed of himself and Judges AYLWIN, DUVAL and MEREDITH, confirmed the judgment of the S. C. " Qu'étant en " possession des immeubles, jouissant des fruits et revenus, " s'il peut retenir le prix de la vente, il doit au moins payer " les intérêts. L'ancien droit et le nouveau droit français s'ac- " cordent à imposer cette obligation à un acheteur placé " comme l'est Dinning vis-à-vis de son vendeur." The Chief-Justice closes by citing from Troplong, 2 vol., *Vente*, No. 611, which may be reproduced even here with effect: " Mais en se " dispensant de payer le prix, l'acquéreur n'est pas moins " obligé de servir les intérêts, il continue à jouir de la chose, " il profite de la vente, il ne peut donc priver le vendeur des " intérêts auxquels il a droit ; la loi a voulu tout simplement " donner à l'acquéreur les moyens de pourvoir à sa sûreté par " la séquestration du prix entre ses mains, mais elle n'a pas " voulu que ce fût pour lui une occasion de s'enrichir aux " dépens du vendeur. L'acheteur ne peut donc empêcher les " intérêts de courir qu'en consignant." With all this it appears to me to be just and reasonable that in this case which is that of a purchaser avering fear of trouble from alleged mortgages, he could have no more justifiable cause of such fear than his vendor, himself, and that the mortgages if indeed existing could not touch or claim *les intérêts du prix* except upon their due exercise of *poursuite pour leurs hypothèques* ; the apprehension of the trouble must be confined distinctly to the price as representing the land covered by the mortgages and cannot reach to the intérêts which remain subject to the agreement of the parties for their payment or to the decision of law if they arise *ex natura rei.* Upon this part of the cause, I am also compelled to differ from the majority of the court, according to my view of the proper judgment in the cause, the security should be limited to the mortgages created by Plaintiff himself, until which the Defendant should have suspension of payment of the price of the land purchased, but she should be condemned to pay to the Plaintiff the $53 of interest claimed by him The pretension that she may withhold the interest to make up for the paid instalments is unreasonable and illegal ; the security if given covers the whole mortgage to be secured against and if not given, applies to the price as it is when the plea is pleaded ; no such pretension is pleaded, and the contention must be taken upon the pleadings filed.

Le Demandeur porta la cause devant le tribunal d'appel en alléguant pour raisons d'appel que l'Appelant a le droit d'avoir les intérêts stipulés sur le prix de vente. La loi commune, disait-il, comme la jurisprudence du pays sont positives sur ce point, et établissent que l'acheteur ne peut jouir des

revenus de la propriété et des intérêts en même temps, surtout quand il a été stipulé spécialement dans le contrat de vente que l'acheteur paierait des intérêts. Dans la présente cause l'acheteur a promis de payer des intérêts dont le montant échû s'élèverait à la somme de cinquante-trois dollars et huit centins, lors de l'institution de la présente action, et dont le montant annuel s'élève à la somme de $53.00 sur la balance du prix de la vente, que l'Intimée redoit encore à l'Appelant. En supposant que l'Intimée serait justifiable à retenir les intérêts du prix de vente et à jouir des revenus de la propriété tant que l'Appelant ne pourrait faire disparaître les raisons de trouble et en supposant que l'Appelant ne pourrait jamais faire cesser ce trouble, l'Intimée jouirait donc dans le même temps indéfiniment de la propriété du prix de vente et des intérêts sur le prix de vente, contre toute équité, contrairement à la loi et au grand détriment du vendeur, qui se trouverait injustement dépouillé de sa propriété!! Ce serait un moyen facile de s'enrichir aux dépens d'autrui!! Nous disons contrairement à la loi, parce que la loi, tout en voulant que l'acheteur qui craint d'être évincé, puisse retenir le prix d'acquisition jusqu'à ce que le vendeur fasse disparaître les raisons de trouble, ne peut vouloir que l'acheteur retienne de même les intérêts tout en jouissant de la propriété. L'acheteur ne payant les intérêts qu'à terme fixe et après l'échéance, a déjà joui pendant tout le temps passé des revenus de la propriété qui représentent les intérêts que donne l'acheteur. L'acheteur dans ce cas ne souffre aucun trouble, aucune éviction. L'acheteur serait reçu à dire qu'il sera lésé et qu'il en souffrira quelque dommage, toutes les fois qu'il y a des hypothèques sur la propriété. Les hypothèques n'affectent que le capital et quel que soit le montant des hypothèques qui grèvent la propriété, si l'acheteur est troublé ou évincé, il ne perdra que la propriété ou le prix d'achat Mais quant aux fruits, sera-t-il obligé de les rembourser? Non jamais! Pas plus que le détenteur d'immeubles affecté à une rente foncière qui en est évincé, aucune contestation là-dessus. L'acheteur a donc tort de dire qu'il souffre des dommages en payant les intérêts quand il jouit des revenus de la propriété. Maintenant examinons si toutes les autorités sont bien unanimes sur cette dernière question. Pothier, traité de la vente No. 284, dit: que l'acheteur doit les intérêts même pendant qu'un tiers le poursuit pour réclamations sur la propriété vendue. Il s'exprime comme suit: "L'acheteur doit les intérêts du prix, non-seulement avant "qu'il a été mis en demeure de payer, mais même pendant le "procès, sur la demande qui lui en est faite par un tiers pour "délaisser, quoiqu'il ne soit pas obligé de payer pendant ce "temps le prix à son vendeur qui ne lui offre pas de caution

" il ne peut en ce cas se décharger des intérêts que par le dépôt " du prix, n'étant pas juste qu'il puisse jouir *tout à la fois et* " *de la chose et du prix.*" Bien plus au No. précédent, le même auteur ajoute que l'acheteur doit payer des intérêts quand il n'y en a pas eu de stipulé, si la chose vendue rapporte des fruits et revenus. Nos. 283 et 2§, loco citato. Le code Napoléon, qui contient un article absolument rédigé dans le même sens que nos lois, sous le No. 1653, créa un grand nombre de commentateurs sur la question qui nous occupe, dont les commentaires sont tous unanimes à confirmer la doctrine de Pothier rapportée ci-dessus. L'article 1653 statue : " Si l'acheteur craint " d'être troublé ou a sujet de craindre d'être troublé par " une action soit hypothécaire soit en revendication, il peut " suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci " donner caution, à moins qu'il n'ait été stipulé que nonobstant " le trouble l'acheteur payera." Ce sont les mêmes termes de notre loi sur laquelle l'Intimé s'appuie pour refuser à l'Appelant le paiement des intérêts réclamés. Ceci posé, lisons les paroles mêmes des commentateurs sur cette question. Marcadé, vol. 6, sur l'art. 1653, dit : " Cet article se comprend assez par lui-même, ajoutons seulement 1o. que les intérêts, lorsqu'ils sont dus, couraient néanmoins pendant la suspension du paiement, puisque la crainte du trouble, ni le trouble lui-même, tant qu'il n'y a pas éviction, n'enlèvent pas la chose à l'acheteur, celui-ci ne pourrait faire cesser les intérêts que par la consignation du prix." Dans la présente cause, il n'est pas besoin de dire qu'il n'y a pas eu de consignation, car la chose appert par le plaidoyer de l'Intimée. Zachariæ, droit civil français, vol. 2, page 533, dernier §, en disant que " l'acheteur, qui " a un juste sujet de craindre d'être troublé par une action de " nature à pouvoir entraîner son éviction, est autorisé à sus- " pendre le paiement du prix, à moins que le vendeur ne four- " nisse caution pour sa restitution." Dans la note marginale, au bas de la même page, au No. 1o, ajoute : " Mais l'acheteur ne " peut même dans ce cas, se refuser au paiement des intérêts " du prix," et cite plusieurs arrêts qui ont jugé dans le même sens. *Vide* la fin de la même page sur l'article 1652. Duranton, Droit Français, contrat de vente, vol. 16, page 381, No. 353, s'exprime dans les mêmes termes que les auteurs précédents, et cite la loi 13, § 20, ss. des act. emp. " *cum re emptor fruetur acquissimum est eum pretii usuras pendere*, avec les arrêts de la cour de cassation du 22 mai 1827 : de la cour de Paris des 5 juin et 7 juillet 1813 ; de la cour de Bruxelles du 7 Août 1809, dont un pourvoi a été rejeté à la cour de cassation le 16 mai 1814, et un arrêt de la cour de Bordeaux du 29 août 1833. Au vol. 7 des *R. J. R. Q.*, p. 259, *et suprà*, p. 329, dans une

cause de *Dinning*, Appelant, vs. *Douglass*, Intimé, nous trouvons que le tribunal de la Cour d'Appel a confirmé cette doctrine, présidé par les Honorables Juges feu L. H. LAFONTAINE, AYLWIN, DUVAL et MEREDITH. La note marginale se lit comme suit : " Qu'un acquéreur en possession de la propriété acquise " et jouissant des fruits et revenus d'icelle et retenant le prix " d'acquisition, jusqu'à ce que le vendeur se soit conformé à un " jugement ordonnant de faire disparaître certaines opposi- " tions filées à une demande pour lettres de ratifications est " tenu de payer à son vendeur l'intérêt sur le prix d'acquisi- " tion à son échéance, nonobstant que ce dernier ait fait dé- " faut de faire disparaître les oppositions, ainsi qu'il lui était " enjoint par le jugement." Le feu Juge en Chef LAFONTAINE, en rendant son jugement, dit : " L'acheteur en possession des immeubles jouissant des fruits et revenus, s'il peut retenir le prix de la vente, il doit au moins payer les intérêts ; l'ancien droit comme le nouveau droit français s'accorde à imposer cette obligation à l'acheteur," et cite Troplong, vol. 11, 642. Sirey, Codes Annotés, Liv. III, titre VI, de la Vente, Code Napoléon, page 786, art. 23 sur l'article 1653 qui est le même que notre loi, rapporte un arrêt qui a jugé " Et même l'acquéreur qui a déjà payé une partie de son prix ne peut retenir les intérêts du surplus pour sûreté de l'acompte payé ni demander qu'il soit compensé avec cet acompte, alors que surtout le danger existait avant la vente, et conséquemment avant le paiement volontaire de l'acompte, 2 jan. 1830, Riom. Cet arrêt en faveur de l'Appelant convient en tous points avec cette contestation et répond pleinement à la prétention de l'Intimée de retenir les intérêts pour *compenser* les paiements déjà faits ; mais son plaidoyer ne demande pas cette compensation, si même elle pouvait valoir en loi, que l'arrêt rejette sans hésitation ; parce que la rétention du prix est établi par la loi ; la rétention des intérêts ne peut découler que d'un contrat entre les parties, l'une est trouble, l'autre est compensation des sommes payées volontairement en acompte. L'intimé allégua dans son factum que la loi autorisait l'acheteur sous de telles circonstances à garder le prix de vente et que les intérêts faisaient partie du prix de vente comme l'accessoire fait partie du capital, et que la loi ne faisait aucune distinction et disait *shall retain the purchase money*, c'est-à-dire tout l'argent de l'acquisition. De plus l'Intimé prétendit que les lois citées par l'Appelant et disant que l'acheteur ne peut garder le prix qu'en servant les intérêts ne s'appliquent qu'au cas où l'acheteur a payé plus que la moitié du prix de vente qu'il est exposé de perdre par les hypothèques considérables qui affectent la propriété. Lors de l'argumentation, l'Appelant répondit que les intérêts sont tout-à-fait distincts du prix de vente puis-

qu'ils n'entraient point en considération dans le contrat et que l'adage cité par l'Intimée était faux dans le présent cas, comme dans l'espèce d'un propriétaire de la nue propriété d'un fonds qui, quoique propriétaire du capital, n'était point propriétaire de l'accessoire ou l'usufruit. Que la question des intérêts devait se décider suivant la position des parties au jour de la passation du contrat de vente, sans considérer si l'acheteur avait payé une portion du prix de vente qu'il pouvait être présumé avoir payé volontiers comme il l'avait fait. Qu'il suffirait en admettant la prétention de l'Intimée pour un acheteur de payer une portion du prix de vente pour se donner le droit de garder le prix de vente, les intérêts et la propriété tout ensemble, sans jamais en rendre compte comme il pouvait très souvent arriver du moment que le vendeur se trouve sans moyens de donner caution ou de faire disparaître les hypothèques.

CARON, J. : L'examen du dossier soulève trois questions. 1o. les trois hypothèques existant sur la propriété, vendue antérieurement à l'acquisition de l'Intimée, sont-elles prescrites de façon à ne faire courir à l'acquéreur aucun risque de troubles ? 2o. La caution personnelle offerte par le Demandeur est-elle légale et suffisante ? 3o. Le Demandeur a-t-il, du moins, droit aux intérêts qu'il réclame ? La première question est sans importance et il n'est pas nécessaire de la décider, quoique la chose fût facile, puisque les autres hypothèques non prescrites encombrant la propriété vendue et sur l'existence desquelles il n'y a aucun doute, excèdent de beaucoup la balance du prix restée due. La seconde question ne souffre aucune difficulté ; nul doute que le cautionnement personnel offert n'est pas légal et qu'il n'était pas nécessaire de l'accepter. La troisième question est donc la seule qui demande quelque considération. Les parties sont d'accord à dire que sous les circonstances, le Défendeur a droit de garder le capital de la balance due pour se protéger contre le danger d'éviction qu'il court par suite des hypothèques dont est chargé l'immeuble ; mais l'Appelant prétend que, quant aux $53 d'intérêts demandées par l'action et que le jugement lui refuse, il aurait dû les obtenir ; il émet la proposition que les intérêts étant la représentation des fruits et revenus de l'immeuble, tant qu'il recevra ces fruits et revenus, il doit payer les intérêts. Pour bien apprécier cette prétention, posons un exemple : j'achète un immeuble pour £1000 payables dans un an avec intérêt ; avant l'échéance de ce terme, il se découvre sur l'immeuble une hypothèque excédant le prix de vente ; le vendeur me demande son prix à l'expiration de l'année ; mais comme il ne fournit pas caution ainsi qu'il y est tenu d'après notre statut j'ai droit de retenir le prix pour me protéger contre les suites de l'ypothèque découverte ; mais comme je n'ai rien payé sur ce prix et que je le retiens en en-

tier, étant consideré comme la vraie valeur de l'immeuble et partant comme une protection suffisante contre le risque auquel je suis exposé, je serai obligé de payer à mon vendeur les intérêts sur ce prix que je garde, car autrement, jouissant des fruits et revenus de l'immeuble et aussi des intérêts de l'argent qui en sont la représentation, j'aurais entre les mains plus qu'il ne faudrait pour rencontrer la perte à laquelle je suis exposé, laquelle ne doit être présumée s'élever qu'au montant du prix convenu ; si, dans ce cas, je jouissais de l'immeuble et en même temps de l'intérêt de l'argent, ce serait pour moi un profit, tandis que je n'ai droit qu'à une assurance, à une sûreté que je ne perdrai rien. C'est à ce cas ainsi posé que s'appliquent les nombreuses autorités citées de la part de l'Appelant ; sa prétention, ainsi posée et comprise, ne souffrirait aucune difficulté ; reste à savoir si c'est là la position de l'Appelant et si ses autorités s'appliquent au cas que le dossier représente ; je ne le pense pas. Prenons l'exemple cité plus haut ; supposons que la moitié du prix (£500) ait été payée comptant lors de l'acte, et que le reste soit payable dans un an avec intérêt ; qu'il se soit dans le cours de l'année découvert des hypothèques excédant le montant du prix total (£1000) ; à l'expiration de l'année, le vendeur me demande sa balance (£500) avec intérêt ; s'il ne peut me fournir caution pour me protéger contre l'hypothèque dont est grevé l'immeuble, sans doute j'aurai droit de garder cette balance qu'il me demande ; mais cette balance, que je garde ainsi, est-elle suffisante pour me garantir contre le danger que je cours par suite d'une hypothèque de £1000 ? Sûrement non. Est-ce que dans ce cas là, tant d'après le Statut que d'après la raison et l'équité, je n'ai pas le droit de me protéger autant que possible contre un danger dont le vendeur est la cause et dont il aurait dû m'informer ; est-ce que je ne suis pas exposé à perdre les £500 que j'ai payés, et si c'est le cas, pourquoi ne me permettrait-on pas de garder aussi bien les intérêts que le capital ; dans ce cas je ne suis pas plus que protégé, je ne le serai assez qu'en autant que les intérêts, en s'accumulant entre mes mains formeront une somme suffisante pour m'indemniser des £500 que j'ai payés, dans le cas où je serai tenu de payer l'hypothèque ou de délaisser l'immeuble ; ce n'est pas avoir deux profits ainsi que l'a prétendu l'Appelant. Il est bien entendu que je serai obligé de tenir compte de ces intérêts sur lesquels même je serai, d'après les circonstances, tenu de payer l'intérêt, mais sûrement on ne me forcera pas de me dénantir de ma sûreté, au risque d'en éprouver des dommages. Tel est cependant le cas qui se présente en cette cause ; la moitié du prix a été acquittée, il ne me reste plus que $650 sur le capital du prix ; pourtant il y a des hypothèques non prescrites à un montant beaucoup

plus considérable; les intérêts et le capital restant ne seront pas suffisantes pour l'indemniser s'il paye les hypothèques ou s'il délaisse; il serait donc de toute injustice de ne pas lui laisser les intérêts. Ce n'est pas le cas supposé par les autorités dont nous avons parlé, et je suis d'avis que le Défendeur a droit de garder les intérêts comme le capital, sauf à régler, quant au montant, en temps opportun. Le jugement dont est appel condamne le Défendeur à payer au Demandeur les deux cents piastres ($200) échus sur le prix et aussi les $53 d'intérêt demandés, pourvu que sous un délai fixé le Demandeur fournisse bonne et suffisante caution, à défaut de quoi sous ce délai, son action sera renvoyée avec dépens. Ce jugement est correct quant au fond. Il décide que, sous ces circonstances, l'Intimée avait droit de retenir les intérêts tout aussi bien que le capital; c'était la question principale, de fait la seule vraiment importante. Cependant je pense que ce jugement ne saurait être confirmé en son entier, ni dans la forme sous laquelle il a été rendu. Il ne peut être approuvé en son entier; il admet comme existantes sur la propriété plusieurs hypothèques qui paraissent avoir été prescrites et ne plus exposer l'Intimée à aucun risque d'éviction; cependant le jugement déclarant que l'immeuble est encore affecté de ces hypothèques, l'Appelant sera tenu de fournir caution quant à ces hypothèques tout aussi bien que pour celles qui en réalité ne sont pas prescrites et affectent véritablement la propriété. Il est donc à propos de ne pas imposer cette charge à l'Opposant; il convient de lui laisser la liberté de ne faire disparaître que celles desdites hypothèques qui ne sont pas prescrites, et de ne fournir caution que pour celles qui ne l'auront pas été. Il suffit de déclarer généralement qu'il existe sur la propriété des hypothèques à un montant excédant la balance, en principal et intérêt, qui restait entre les mains de l'Intimée. Quant à la forme, il semble que sous les circonstances qui ont précédé l'institution de l'action, les dénonciations et réquisitions faites de la part de l'Intimée, tel que mentionné plus haut, l'Appelant n'avait aucun droit d'action existant alors, et que celle portée aurait dû être renvoyée purement et simplement. Cependant le jugement condamne la Défenderesse à payer la somme demandée, en par le Demandeur donnant caution, et ce n'est qu'à défaut de tel cautionnement sous un délai imparti, que l'action sera renvoyée. Ce jugement conditionnel et incertain me paraît susceptible de difficultés, la principale desquelles consiste à déterminer qui décidera du montant du cautionnement à donner, et de la suffisance et solvabilité des cautions qui seront offertes; si, sur ces questions, les parties ne s'accordent pas il faudra un nouveau procès et le jugement rendu en cette cause restera sans exécution. Pour ces raisons il me

paraît que le jugement doit être réformé et l'action renvoyée purement et simplement, tout en réservant au Demandeur le droit de se pourvoir ainsi qu'il avisera.

The Court of Appeal, being of opinion that these judgments were *erroneous*, in that they did not dismiss the Plaintiff's action *purely and simply*, proceeded to *reform* these judgments, and, in so doing, rendered the following judgment: "Considérant que sur le prix de vente, pour partie duquel est portée la présente action, il avait été payé, lorsqu'elle fut instituée, une somme de six cents piastres, que partant il ne restait alors dû sur le prix total qu'une balance de $650, dont $200 seulement étaient alors exigibles, avec une année d'intérêt se montant à $53.08 ; qu'à ladite époque, il existait des hypothèques non prescrites et dûment enregistrées affectant la propriété vendue à un montant excédant de beaucoup la somme restant due sur le prix de vente, en principal et intérêts échus et à échoir ; que dès avant l'institution de l'action l'Intimée avait dénoncé à l'Appelant l'existence desdites hypothèques et l'avait requis de les faire disparaître ou de lui donner caution bonne et suffisante pour la mettre à l'abri des troubles qui pourraient bien en résulter, et qu'à défaut de le faire, retiendrait ce qui restait dû sur le prix de vente, le tout suivant protêt produit en la cause ; que nonobstant ces notifications et requisitions l'Appelant a porté sa présente action sans avoir au préalable fait disparaître lesdites hypothèques et donné le cautionnement requis. Considérant que le cautionnement personnel offert par l'Appelant n'est ni légal ni suffisant et que, partant, il doit être regardé comme non avenu. Considérant que pour ces raisons l'Intimée a droit de retenir la balance du prix de vente pour se protéger contre la charge d'éviction à laquelle elle était exposée. Considérant que cette balance était insuffisante pour la protéger au montant qu'elle perdrait au cas d'éviction, ni le paiement fait de $600 sur le prix total de la vente, et qu'à cette fin elle n'avait que les intérêts échus et à échoir sur cette balance, lesquels intérêts elle a aussi droit de retenir, sauf à en compter lorsqu'on fera disparaître lesdites hypothèques ou qu'un cautionnement légal et suffisant sera fourni. Considérant que pour toutes ces raisons, l'Appelant, sous les circonstances, n'avait aucun droit d'action contre l'Intimée et que celle qu'il a portée aurait dû être renvoyée purement et simplement et que, partant, par les jugements dont est appel, quoique corrects au fond, il a été mal jugé en ce que, au lieu de débouter le Demandeur ils condamnent la Défenderesse à payer la somme demandée en principal et intérêts sous certains termes et conditions et que, partant, il convient de réformer lesdits jugements sous ce rapport, réforme et annulle les deux jugements dont est appel, savoir

celui rendu en première instance par la Cour Supérieure en date du 30 avril, 1866, et aussi celui rendu par ladite Cour Supérieure siégeant en revision le 28 septembre, 1866, et procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu, déboute le Demandeur de son action tant en cour de première instance qu'en cour de revision et sur le présent appel. (10 *J.*, p. 327; 12 *J.*, p. 49 et 80, et 4 *L. C. L. J.*, p. 61.)

KELLY and DORION, for Appellant.
MOUSSEAU et DAVID, for Respondent.

ANTICHRESE.

COUR SUPÉRIEURE, EN REVISION, Montréal, 30 Mai 1866.

Présents: SMITH, BADGLEY et BERTHELOT, Juges.

KING, Demandeur, *vs.* CONWAY, Défendeur.

Jugé: Qu'une stipulation contenant antichrèse, faite sous l'opération de l'acte de 1858, ch. 85, sec. 1, doit être maintenue, et que, dans l'espèce, cette stipulation devant avoir effet comme bail, jusqu'au remboursement du principal, il n'y avait pas lieu à la tacite reconduction d'année en année, de manière à faire présumer un délai pour le paiement du principal.

L'action était fondée sur une obligation pour la somme de $120, dont acte passé devant notaires, et consentie par le Défendeur en faveur de Patrick King. Le paiement devait s'en faire sous quatre ans, à compter du 1er de mai, 1856, sans intérêts, le Défendeur hypothéquant pour sûreté du paiement un terrain décrit dans l'acte. Et il était stipulé que, jusqu'au paiement du principal de l'obligation, King aurait l'usage du terrain ainsi hypothéqué et de partie de la maison qui était dessus et dont il était alors en possession, cette jouissance lui étant ainsi accordée au lieu d'intérêt sur le prêt, et cette convention devant être considérée comme un bail suffisant. King transporta, par acte notarié du 9 mars 18[illegible] au Demandeur, le montant de la susdite obligation, ainsi que le droit de jouissance du terrain et de partie de la maison ci-dessus mentionnés. Le Défendeur, présent à l'acte de transport, en accepta la signification et consentit que le Demandeur jouit du terrain et des dépendances de même que King eût pu le faire. Le Défendeur plaida que la stipulation relative à l'usage du terrain et logement était nulle et de nul effet pour l'excédant de la valeur du loyer sur le montant de l'intérêt légal de la somme prêtée, et que cet excédant était un intérêt usuraire défendu par les lois en force lors des stipulations susdites. Que la va-

leur de cette occupation était d'au moins trois dollars par mois, et qu'ainsi le Demandeur ayant occupé ledit terrain et logement depuis le 9 mars, 1857, date du transport, jusqu'au jour de la défense, 2 novembre, 1864, se trouvait avoir retiré £54 sans cause légitime, que le Défendeur disait avoir droit d'opposer en compensation du capital de l'obligation et jusqu'à concurrence. Par une seconde exception, le Défendeur alléguait que le Demandeur ayant commencé une nouvelle année d'occupation dudit immeuble depuis le 1er de mai précédent, devait être considéré comme ayant donné une autre année de délai au Défendeur et que, partant, son action était prématurée. La preuve quant à la valeur du loyer était contradictoire, les témoins du Demandeur la portaient à une somme bien moindre que ceux du Défendeur. Jugement intervint le 30 novembre, 1865, en faveur du Demandeur.

MONK, Justice : " It is considered and adjudged that Plaintiff do recover from Defendant the sum of £30 amount of the obligation made and consented by Defendant in favor of Patrick King, bearing date and executed at Montreal on the 19th February, 1856, before J. SMITH and colleague, notaries and transferred and made over by Patrick King to Plaintiff, by deed passed before the said J. SMITH and his col, league, notaries, on the 9th March, 1857, duly accepted by Defendant, with interest from the 23rd September, 1864, date of the service of process, until actual payment, and costs of suit." Le Défendeur inscrivit la cause pour revision. Dans son factum, il disait que : " L'antichrèse n'était permise en France que lorsque la valeur du revenu de la propriété n'excédait pas l'intérêt légal de la somme prêtée." Ceci est établi par tous les auteurs. (1) Et notre statut, tout en abolissant les peines portées contre l'usure par les anciennes lois, déclare neanmoins que les conventions stipulant un intérêt plus élevé que l'intérêt légal, *seront nulles quant à l'excédant, qui pourra être appliqué en compensation de la dette.* (2) Cette loi s'applique à toute convention faite entre le 24 mars, 1853, et le 16 août, 1858. Or, celle en question en cette cause remonte à 1856 et 1857. Et la loi de 1853 est encore en vigueur pour les conven-

(1) Pothier, Traité de l'Hypothèque, ch. 5, art. 1er, *in fine* ; Guyot, Repert., vbo. Antichrèse ; Merlin, Repert., vbo. Antichrèse ; Ancien Denisart, vbo. Antichrèse ; Troplong, Prêt, No. 389.

(2) Stat. Ref. du Canada, ch. 58, sec. 1.

tions faites alors. (1) Ces raisons n'ont pu prévaloir en revision, et la Cour a confirmé le jugement rendu en premier lieu. (16 *D. J. B. C.*, p. 401.)

NAGLE, pour le Demandeur.

JETTÉ et ARCHAMBAULT, pour le Défendeur.

RESPONSABILITE DES CORPORATIONS QUANT AUX CHEMINS

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 20 juin 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, DRUMMOND, MONDELET et BADGLEY, Juges.

O'NEIL, Appelante, *et* LE MAIRE DE QUÉBEC, etc., Intimés.

Dans une action en dommages portée contre la Corporation par une personne qui avait été frappée par un cheval échappé :

Jugé : 1o. Que la Corporation n'est pas responsable des dommages causés par le mauvais état des chemins, bien que les rues soient sous son contrôle, et que l'acte d'incorporation de la Cité (3 et 4 Vict., cap. 35) n'a pas eu l'effet de modifier ou d'altérer en aucune manière la 39 Geo. III, cap. 5, sect. 11.

2o. Que la Corporation, quoiqu'obligée de poursuivre ceux qui sont en contravention sous ce rapport avec les lois de police, n'est pas responsable des dommages résultant de la négligence des propriétaires ou locataires.

L'action était en dommages, réclamés de la Corporation de la cité de Québec pour les causes suivantes : Le 20 février, 1864, l'Appelante avait été violemment renversée par un cheval échappé, appartenant à Ls. Bilodeau, près de la porte Saint-Jean, et avait été grièvement blessée ; ses jours avaient été mis en danger ; et elle s'était trouvée dans la nécessité de demeurer plusieurs semaines dangereusement malade à l'Hôtel-Dieu de Québec, et sa santé en avait été gravement altérée, et l'accident l'avait mise dans l'impossibilité de gagner sa vie. L'Appelante alléguait ensuite que si le cheval de Bilodeau, cause immédiate de l'accident, s'était échappé, cela était dû au mauvais état du chemin ou de la rue, par un cahot qui se trouvait à cet endroit. Après avoir allégué que le conducteur de la voiture avait usé de toute la prudence possible, elle représentait que ce chemin était sous le contrôle de la Corporation, qui est obligée de le tenir en bon ordre, et concluait de cela que les intimés étaient responsables de l'accident qui lui était arrivé et demandait des dommages. Les Intimés plaidèrent par une défense au fond en fait, et par une exception péremptoire en droit perpétuelle. Parmi les

(1) 22 Vict., chap. 85, sec. 1.

allégations de ce dernier plaidoyer, les Intimés prétendaient que si l'Appelante avait quelque droit, elle ne pouvait l'exercer que contre Bilodeau, le propriétaire du cheval échappé, et l'auteur immédiat de l'accident dont elle se plaignait. L'action fut renvoyée en Cour Supérieure, et la Demanderesse interjeta appel de ce jugement, et prétendit en Cour d'Appel que, par la sect. 43 du ch. 35 de la 3 et 4 Vict., acte incorporant la cité de Québec, la Corporation était dans l'obligation d'entretenir les chemins de la ville, et en général toutes les rues en dedans des barrières, et qu'à cet effet il y avait un comité des chemins de nommé, et qu'en outre la 18 Vict., chap. 159, autorisait la nomination d'un inspecteur des chemins, dont l'unique fonction était de voir au bon entretien des chemins et des rues de la ville ; que ces différents actes prouvaient suffisamment l'obligation de la Corporation de tenir les chemins en bon état, et qu'enfin, si elle était ainsi obligée à tel entretien et qu'elle négligeait ses devoirs, elle devait être tenue responsable de tous les accidents qui pouvaient arriver par suite de sa négligence.

Baillargé, pour les Intimés : La 1ère question est de déterminer si la rue en question est sous le contrôle de la Corporation, et si cette dernière était tenue par la loi de l'entretien de cette rue pendant l'hiver. Pour résoudre cette question, il suffit de référer à la 39me Geo. III, ch. 5, sect. 11, disposition qui est encore en vigueur aujourd'hui suivant les prétentions des Intimés, et que l'acte d'incorporation de la cité de Québec n'a pu en aucune manière modifier. Cet acte plus haut cité ordonne que, vu la difficulté et les grandes dépenses qu'entraîne le nettoyage des rues pendant l'hiver, lorsque tel nettoyage est fait par des personnes nommées par la Corporation, que chaque propriétaire ou locataire sera tenu d'entretenir leurs chemins d'hiver devant leurs maisons emplacements ou terrains respectivement. Il est bien évident que l'accident étant arrivé pendant l'hiver, la Corporation ne peut en être tenue responsable, puisque, d'après cette disposition précise de la loi, elle n'est pas tenue à l'entretien des rues à cette époque. Le seul devoir des officiers de la Corporation est de poursuivre ceux qui, négligeant l'entretien de leur part de chemin, encourent pour cela une pénalité, et en effet une sommation avait été servie le jour même sur la personne obligée à l'entretien de la rue. De plus, il n'y a pas d'action directe contre une Corporation publique pour négligence d'entretien de chemins, mais l'on doit procéder par *presentment* ou par indictement. D'ailleurs, un corps public ne peut être responsable d'une faute légère, il faut, pour cette responsabilité, une négligence coupable, et ce n'est pas le cas aujourd'hui.

Badgley, Juge : Quant à la question de fait, il n'y a pas le

moindre doute que l'Appelante a souffert des dommages causés par le mauvais état des chemins, mais qui doit en être responsable ? c'est la personne qui était obligée à l'entretien des rues pendant l'époque dans laquelle l'accident est arrivé ; mon avis est que c'est la 39 Geo. III, qu'il faut appliquer dans l'espèce, car je ne vois pas ce qui aurait pu rappeler ou modifier cette ordonnance ; or, en admettant l'autorité de cet acte, il n'y a pas à hésiter, et l'action doit être renvoyée.

DUVAL, Juge-en-Chef : Il s'agit entièrement d'une question de droit, c'est-à-dire de savoir si la Corporation est responsable. D'après notre Statut, il est évident qu'elle ne l'est pas par elle-même, maintenant les locataires ou propriétaires ne sont nullement ses mandataires, ou agents, ou employés, pour tenir en bon état les chemins ; nous sommes donc d'opinion de confirmer le jugement qui ne reconnaît aucune responsabilité de la Corporation dans l'accident arrivé à l'Appelante, et qui fait le sujet de cette action. (16 *D. T. B. C.*, p. 404.)

HOLT et IRVINE, pour l'Appelante.

BAILLARGÉ, pour les Intimés.

REFUS PAR UNE FEMME DE FAIRE INVENTAIRE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 20 juin 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

LAROCHELLE, Appelante, *et* MAILLOUX *et ux.*, Intimés.

Jugé : Que la négligence ou le refus de la part d'une femme de se conformer à un jugement de la Cour, qui ordonne la confection d'un inventaire, ne la soumet pas à la contrainte par corps pour mépris de Cour, et que le droit de contrainte par corps n'existe pas contre la femme coupable de telle négligence ou de tel refus. (1)

L'Appelante avait été condamnée, par le jugement du 6 mai 1865, à faire inventaire de certains biens qu'elle possédait en commun avec les Intimés. Le notaire, nommé par la cour pour faire cet inventaire, fit signifier à l'Appelante deux avis l'informant que tels jours il se rendrait à son domicile pour procéder audit inventaire. L'inventaire n'ayant pas été fait, les Intimés prirent une règle pour contrainte par corps contre l'Appelante, vu qu'elle n'avait pas procédé à l'inventaire conformément aux avis qui lui avaient été signifiées, et qu'elle s'était rendue, en conséquence, coupable d'un mépris de cour,

(1) V. art. 1342 et 2273 C. C.

et concluant à ce qu'elle fût emprisonnée jusqu'à ce qu'elle eût obéi et obtempéré au jugement ordonnant de faire l'inventaire. Au soutien de cette règle, les Intimés alléguèrent que la conduite de l'Appelante leur donnait tout lieu de croire qu'elle se refuserait toujours à faire inventaire, et qu'ainsi ils souffriraient de graves dommages. Sur cette règle pour contrainte par corps, la Cour Supérieure prononça le jugement suivant : " La Cour, considérant que Marie-Cécile Larochelle a négligé et refusé de se conformer au jugement rendu le 6 mai 1864, ordonnant entre autres choses que, par J.-B. Delâge, de la cité de Québec, notaire, il serait procédé à faire bon et loyal inventaire des biens, meubles et immeubles, composant la communauté avec les Demandeurs, pour être ensuite ledit inventaire clos et affirmé en justice, en la manière ordinaire et accoutumée, puis être procédé devant ledit Delâge au partage des biens de la communauté, tel que détaillé au jugement, et que Marie-Cécile Larochelle a négligé et refusé de procéder à l'inventaire susdit, en obéissance au jugement susdit, adjuge et ordonne qu'il émane contre elle, en la présente cause, un writ ou bref de contrainte par corps, et qu'en vertu d'icelui elle soit arrêtée, prise et détenue dans la prison de ce district de Québec, jusqu'à ce qu'elle se soit conformée et ait obéi à cette partie du jugement du 6 mai dernier, ordonnant qu'il soit procédé à tel inventaire." C'était de ce jugement que l'Appelante se plaignait par son appel. Et elle alléguait, comme ses raisons de faire réformer ce jugement, les deux propositions suivantes : 1° La contrainte par corps, et c'était une disposition formelle de notre droit, ne saurait atteindre la femme, qui en est spécialement exempte, si ce n'est comme marchande publique, ou pour cause de stellionat procédant de son fait. 2° L'obligation de faire inventaire, dans tous les cas, que ce soit de la loi même ou d'un jugement que cette obligation procède, ne pouvait entraîner la contrainte par corps, et le refus ou négligence de faire inventaire, quoiqu'il fût ordonné par un jugement, ne constituait pas un mépris de Cour, ni une offense punissable par l'emprisonnement. En appel, les Intimés citèrent à l'appui de leurs prétentions la cause de *Bachelette* dit *Crébassa* vs. *Gamache*, (1) où les mêmes procédures avaient été suivies et où la contrainte par corps avait été ordonnée. Ils prétendirent, de plus, que toute contravention et refus d'exécution d'un jugement est un mépris de cour, et citaient la cause de *Rex* vs. *Coates*, N° 111, où le Juge-en-Chef Sewell avait exprimé l'opinion que : " Every resistance of a process is a contempt." La Cour d'Appel infirma, par le jugement suivant, la décision rendue en Cour Supérieure : " The Court, consiedring that, by

(1) 1855, C. S., No. 595.

law, Appellant, Marie-Cécile Larochelle, is not subject to the *contrainte par corps* ordered to issue against her the by judgment of the Superior Court of the fourth day of February, 1855, by reason of the neglect and refusal to make an inventory of the moveables and immoveables which composed the community of property which heretofore existed between Joseph Martineau and Marguerite Renaud, his wife, and also the said community continued between Joseph Martineau, his children and Marie-Cécile Larochelle, and that, therefore, in the judgment of the Superior Court, ordering such *contrainte par corps* to issue against Marie-Cécile Larochelle, there is error, this Court doth reverse, annul and set aside the judgment so rendered by the Superior Court, and doth discharge the rule obtained in the Superior Court by Respondent for such *contrainte par corps* against Appellant, &c." (16 *D. T. B. C.*, p. 407.)

TALBOT et TOUSIGNANT, pour l'Appelante.

BOSSÉ et BOSSÉ, pour les Intimés.

INSCRIPTION EN REVISION.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 20 juin 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

BROWN, Appelante, *et* LOWRY, Intimé.

Jugé : Qu'il n'y a pas appel à la Cour de Revision d'un jugement taxant un mémoire de frais à une somme de moins de vingt-cinq louis. (1)

Cet appel était d'un jugement rendu par la Cour Supérieure, siégeant à Québec, en Revision, par lequel elle s'était déclarée incompétente à reviser la taxation d'un mémoire de frais faite par un juge de la Cour Supérieure pendant le terme de Circuit à Trois-Rivières. La cause fut inscrite en Revision par l'Appelant pour faire reviser la taxation du mémoire de frais par lequel il se trouvait lésé. L'Intimé fit motion à l'effet de faire rayer l'inscription en revision, parce que, disait-il, la Cour n'avait pas le droit de reviser une taxation faite par un juge de la Cour Supérieure. Cette Cour, composée des juges Badgley, Stuart, et Taschereau *dissentiente*, rendit le jugement suivant le 2 septembre, 1865 : "La Cour, ayant entendu la Demanderesse et l'intervenant, sur la motion de la part du-

(1) V. art. 494 C. P. C.

dit intervenant, à l'effet que l'inscription en revision soit rejetée, en autant que le droit de faire reviser la taxation du mémoire de frais par cette Cour n'existe pas, et la Demanderesse ayant montré cause *instanter* contre la motion; considérant que la motion est bien fondée, accorde la motion, en conséquence rejette et met de côté ladite inscription." L'Appelante prétendit que cette récusation de la Cour Supérieure était repoussée: 1° Par notre loi statutaire qui a créé ce tribunal: 2° Par l'ordonnance de 1667, qui statue et décrète qu'il y aura appel de la liquidation et taxation des dépens au tribunal même qui aura rendu et prononcé le jugement final. Comment, disait l'Appelante, la Cour Supérieure pouvait-elle se récuser, puisque c'était elle même qui avait rendu le jugement final? (1) Ce jugement de taxation était de plus définitif et exécutoire, il était donc de la compétence de la Cour Supérieure. L'intimé prétendit qu'il ne pouvait y avoir appel à la Cour de Revision sur un jugement taxant un mémoire de frais: 1° Parce que la Cour de Revision était une Cour de la même nature que la Cour d'Appel, et que si la législature eut voulu considérer les jugements tel que celui en question comme sujets à Revision, elle aurait employé des expressions expresses et non pas les mêmes termes que ceux qu'elle avait employés pour la Cour du Banc de la Reine en appel: 2° Parce que, d'après la 151e section du cap. 83, S. R. B. C., il était évident qu'il eût fallu une disposition expresse de la loi pour étendre ce pouvoir de reviser la taxation d'un mémoire de frais à la Cour de Revision, qui est composée de trois juges; en effet, le statut disait expressément que: " Le mémoire de frais sera sujet à être revisé par un juge de la Cour Supérieure dans le même district et au même endroit." L'Intimé prétendit, de plus, que, d'après l'ordonnance de 1667, tit. 31, arts. 15 et 30, les frais taxés ne pouvait constituer le sujet d'un appel, car au Châtelet de Paris les frais étaient d'abord taxés par les *commissaires examinateurs* et de là on pouvait appeler à la Cour pendant l'audience, mais cela ne constituait pas ce que l'on peut nommer un appel, tel que l'Appelant le prétendait, car ce n'était qu'une requête présentée au Juge d'une Cour se plaignant du fait d'un officier de cette même Cour. C'était justement la même procédure que celle imposée par notre statut, qui permet que les mémoires de frais taxés par le greffier ou le protonotaire puissent être revisés par un juge de la Cour Supérieure. La Cour d'appel confirme unanimement le jugement rendu en revision, pour les motifs

(1) 27 et 28 Vict., ch. 39; Ordon. 1667, tit. 31, art. 30; 1 Pigeau, p. 874, Ed. 1779; Rodier sur l'art. 5, tit. 31, de l'Ordonnance de 1667; 2 Jousse, art. 28, tit. 31, Ordon. 1667; 5 Guyot. Rept., vbo. Dépens, p. 444; 9 Pothier, p. 163, Ed. Dupin.

suivants : " The Court considering that the matter in dispute does not amount to the sum of twenty-five pounds sterling and relates to a question of costs merely, doth, in consequence, confirm the judgment rendered by the Court of Revision, sitting at Quebec, on the second day of September, 1865, and doth condemn Appellant to pay to Respondent his costs in the present appeal. (16 *D. T. B. C.*, p. 410.)

PACAUD, pour l'Appelant.

HART et MCDOUGALL, pour l'Intimé.

ACTION POUR ALIMENTS.

COUR DE CIRCUIT, Québec, 23 mai 1865.

Présent : STUART, Juge.

RESCHE, Demanderesse, *vs.* RATTÉ *et al.*, Défendeurs.

Jugé : 1o. Que les grand-pères et grand'mères doivent des aliments à leurs petits enfants en bas âge et indigents. (1)

2o. Que, dans l'espèce, l'action de la Demanderesse était bien dirigée contre les Défendeurs.

La Demanderesse alléguait qu'elle était mère de deux enfants en bas âge, issus de son mariage avec Michel A. Ratté, un des Défendeurs ; qu'elle était pauvre, sans ressources, et qu'il lui était impossible de procurer à ses enfants les aliments nécessaires à la vie ; que, dans le courant de mars, 1864, Michel Ratté avait, sans aucune raison, laissé son domicile conjugal pour aller vivre avec sa mère, Marie Dignard, Défenderesse en cette cause, laissant ainsi sa femme et ses enfants sans secours. La Demanderesse alléguait, de plus, que la Défenderesse avait une existence aisée et qu'elle pouvait venir en aide à ses petits-enfants ; qu'elle faisait vivre à sa table son fils, le Défendeur, et l'empêchait de procurer le nécessaire à sa famille ; et elle concluait à ce que les Défendeurs fussent condamnés à lui payer £12 5s de pension alimentaire pour l'année expirée au mois de mars, 1865, et la même somme pour l'année à échoir au mois de mars, 1866, payable par quartier et d'avance. Le Défendeur fit défaut et la Défenderesse plaida que la Demanderesse n'avait pas droit d'action contre elle : de plus, elle niait les allégations de l'action et, par exception, disait que le Défendeur s'était marié à la Demanderesse contre le gré et sans le consentement de la Défenderesse, lorsqu'il était encore mineur ; que la Demanderesse et le Défendeur étaient jeunes et

(1) V. art. 166 et 168 C. C.

capables de pourvoir aux besoins nécessaires à leur famille, tandis qu'elle, la Défenderesse était âgée de soixante ans, pauvre, et gagnait sa vie en travaillant à la journée. La preuve démontra que la Demanderesse était incapable de gagner sa nourriture et celle de ses enfants, qu'elle vivait depuis longtemps à la table d'un de ses frères, qu'elle et ses enfants étaient dans l'indigence ; que la Défenderesse, au contraire, par son travail réalisait chaque mois une somme de $15 à $20, et qu'elle pouvait facilement procurer des aliments à la Demanderesse et à ses enfants, de plus, que la Défenderesse nourrissait à sa table le Défendeur, et un de ses frères, sans aucune rémunération.

TOUSIGNANT, pour la Demanderesse, soutint alors qu'il avait parfaitement prouvé sa cause et que le droit d'action de la Demanderesse ne devait pas être nié. (1)

ANGERS, pour la Défenderesse, maintint qu'en dépit de la preuve faite, la Défenderesse ne devait pas être condamné à fournir des aliments à la Demanderesse et à ses enfants, et que l'action, quant à la Défenderesse, devait être déboutée. (2)

La Cour condamne les Défendeurs solidairement au paiement de la somme de $20 avec dépens. (16 *D. J. B. C.*, p. 413.)

TALBOT et TOUSIGNANT, pour la Demanderesse.

CASAULT, LANGLOIS et ANGERS, pour les Défendeurs.

APPEL. — ACQUIESCEMENT.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 9 juin 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

WOODMAN *et al.*, Appelants, *et* GÉNIER, Intimé.

Jugé : Que le fait que l'un de plusieurs Appelants a payé partie des frais taxés sur le jugement dont est appel, ne peut faire présumer acquiescement de sa part, quoiqu'il n'ait fait aucune réserve ou protestation lors de tel paiement.

L'appel tendait à faire reviser un jugement rendu à Beauharnois, déclarant nul un décret d'immeuble fait à la poursuite de Woodman, par le ministère de Hainault, comme shérif, et ordonnant que Génier fut remis en possession de cet immeuble et remettant les parties au même état qu'elles

(1) Guyot, Rep., vbo. Aliments, p. 317 ; Pothier, Traité du contrat de mariage, No. 387.

(2) 4 Demolombe, pp. 35 et 36, No. 33.

étaient avant l'adjudication, le rapport du shérif de telle adjudication étant déclaré faux, l'adjudication n'ayant pas été faite au plus haut et dernier enchérisseur, mais à Woodman et Bard P. Paige, tandis que Génier avait offert une somme bien plus élevée. Génier, l'Intimé, par une exception préliminaire demanda le renvoi de l'appel, en autant que les Appelants avaient acquiescé au jugement en question, l'avaient accepté, s'y étaient soumis, l'avaient approuvé et exécuté. Il fondait cet acquiescement : 1° Sur le fait que l'Appelant Hainault avait payé les frais de l'Intimé sans aucune réserve ou protestation : 2° sur le fait que, sur une action portée par l'Intimé contre Woodman et Hainault dans le but de recouvrer des dommages à lui causés par les faits reprochés aux demandeurs, les deux Appelants avaient plaidé à cette deuxième action sans sans protestation contre le jugement, sauf toutefois Hainault qui avait mis une réserve, réserve que l'Intimé disait que l'Appelant Hainault ne pouvait faire, ayant lui-même payé les frais de la première action sans protestation ni réserve. Les Appelants répondirent à cette exception par une même réponse, que Hainault avait payé les frais sans la connaissance ou la participation des autres Appelants ; que l'omission de réserve ou protestation contre le jugement, dont était appel, dans leur défense à la seconde action ne pouvait être interprétée comme un acquiescement à l'autre jugement de la part de Woodman, et que Bard P. Paige, un autre des Appelants, n'avait en aucune manière quelconque acquiescé au jugement. Il ne pouvait y avoir de question que relativement à Hainault qui, dans l'exception plaidée par lui à la seconde action, demandait "acte de la declaration qu'il fait qu'il entend se pourvoir par appel contre le dit jugement final." La Cour s'est prononcé néanmoins en sa faveur, et par son jugement, a déclaré "que les faits constatés par la preuve offerte ne justifient aucunement la prétention de l'Intimé que les Appelants ont acquiescé au jugement dont est appel." (16 *D. J. B. C.*, p. 452.)

DOUTRE et DOUTRE, pour l'Intimé.

LEBLANC et CASSIDY, pour les Appelants.

DEFECTIVE RETURN.—RECORD REMITTED.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montreal, Dec. 4, 1866.

Appeal from the district of Beauharnois.

Present : AYLWIN, J., BADGLEY, J., DRUMMOND, J.

WOODMAN, Appelant, *and* GÉNIER, Respondent.

Held : The return of service having been found defective by the court, the record was ordered to be remitted to the Court below, that the parties might be heard on the point raised by the court.

AYLWIN, J. : The party, who is sued as proprietor in possession and who is mentioned, not only in the declaration, but even in the writ, as one of the Defendants, has not been served with a copy of the declaration and writ. We therefore order the record to be remitted to the Court below, in order that the parties may be heard on this point, as to whether the action should be dismissed, or this party be brought in.

BADGLEY, J. : Here the doubt has been raised by the Court and not by counsel. We think that in all cases where the doubt is first raised by the court, the parties should be heard.

DRUMMOND, J. : A form of signification has been prepared in blank, but has not been filled in or signed by the bailiff.

Record ordered to be remitted. (2 *L. C. L. J.*, p. 200.)

DECRET.—NULLITE.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL,
Montréal, 8 juin 1867.

Présents : DUVAL, J. en C., DRUMMOND, J., BADGLEY, J., et MONDELET, J.

WOODMAN *et al.*, Défendeurs en Cour Inférieure, Appelants, *et* GÉNIER, Demandeur en Cour Inférieure, Intimé.

Jugé : Que les shérifs ou huissiers n'ont pas le droit de limiter le temps durant lequel ils recevront des enchères; que toute enchère offerte, avant l'adjudication, doit être reçue, quoique l'heure indiquée pour clore la vente soit expirée et qu'un décret fait contrairement à cette règle doit être annulé.

L'action avait pour objet de faire déclarer faux le rapport du shérif, qui disait avoir adjugé la terre du Demandeur au plus haut et dernier enchérisseur, et d'obtenir la nullité du

décret fondé sur ce rapport. L'action était dirigée contre le Demandeur dans la cause où avait eu lieu le décret attaqué contre le shérif et contre les adjudicataires. La substance des prétentions de la défense, telles qu'elles ressortent des plaidoiries et de la preuve, consiste en ce que l'officier représentant le shérif, dans la vente, avait intimé au public qu'il clorait la vente à une heure indiquée (onze heures ou midi) et qu'il avait adjugé au plus haut et dernier enchérisseur, à l'expiration de ce délai. La preuve faite par Vilbon, ancien employé du shérif à Montréal, expose la pratique sanctionnée par le jugement. Il dit que le shérif de Montréal, en commençant une vente, intime au public qu'il clora sa vente à une certaine heure; que cela veut dire que l'enchère sera ouverte jusqu'à l'heure indiquée et ne sera pas close avant, que, si les enchères continuent après le moment fixé, elles sont reçues jusqu'à ce qu'il soit bien constaté que la dernière enchère est la plus haute et bien réellement la dernière. Ci-suit le jugement de la Cour Supérieure, rendu par Loranger J., le 28 mars, 1865: "Considérant qu'il appert par la preuve que le Défendeur, Louis Hainault, n'a pas, en sa qualité de shérif du district de Beauharnois et en obéissance au bref de *fieri facias de terris*, émané dans la cause No. 65 des dossiers de cette cour, à la poursuite des présents Défendeurs, Woodman et Paige, contre le présent Demandeur, Honoré Génier, vendu suivant la loi les biens immeubles du Demandeur, et notamment la terre saisie, et contre le décret de laquelle Génier se pourvoit en nullité par la présente demande; qu'il résulte au contraire de la preuve faite que l'huissier chargé par le shérif de l'exécution du bref n'a pas vendu la terre au plus haut et dernier enchérisseur, mais qu'il l'a adjugée aux Défendeurs Paige et Woodman, pour l'enchère de £573 qu'ils ont offerte et qu'il a refusé la surenchère d'Alexandre Cameron qui, en temps utile, a offert £574 pour la terre, laquelle offre ledit huissier a illégalement refusé d'accepter, ayant clos les enchères et adjugé la terre auxdits Paige et Woodman, malgré la surenchère dudit Cameron; considérant que le rapport fait à cette cour par le shérif sur le bref, qu'il avait adjugé la terre auxdits Paige et Woodman, les plus hauts offrants et derniers enchérisseurs, pour la somme de £573, a été entaché de faux et doit être déclaré faux et mis à néant; considérant que Génier n'a pas été légalement exproprié au désir du bref; que le décret de la terre a été entaché de nullité et doit être mis à néant et les parties mises au même et semblable état qu'elles étaient avant ledit décret, maintient l'inscription de faux prise par le Demandeur, déclare faux le rapport et le met au néant; déclare aussi nulle et de nul effet la prétendue adjudication de la terre et le décret d'icelle, en donne main-levée au Demandeur, remet

les parties dans le même et semblable état qu'elles étaient avant lesdits décret et adjudication, et rejette les défenses desdits Woodman, Paige et Hainault, qu'elle condamne aux dépens de la présente instance." La Cour d'Appel a confirmé le jugement de la Cour Supérieure. (10 *J.*, p. 87, et 3 *L.C.L.J.*, p. 120.)

DOUTRE et DOUTRE, pour Demandeur.

LEBLANC, CASSIDY et DURANCEAU, pour Défendeurs.

DEPENS.—SOLIDARITE.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 28 avril 1868.

Coram MONDELET, J.

GÉNIER *vs.* WOODMAN *et al.*

Jugé: Que plusieurs débiteurs, condamnés à payer diverses sommes de deniers individuellement pour dommages, sont tenus de payer solidairement les frais de l'action.

Le jugement rendu en cette cause sur une action *ex delicto* pour $2,000.00, condamna l'un des Défendeurs, Woodman, à payer au Demandeur £5 et les frais conjointement et solidairement avec l'autre Défendeur, Hainault, et condamna ce dernier à payer au Demandeur $4,472.66 de dommages et les frais conjointement et solidairement avec le Défendeur Woodman. Le jugement est motivé sur ce point comme suit: "Enfin la cour condamne le Défendeur à payer au Demandeur conjointement et solidairement tous les dépens qu'ils ont occasionnés par leurs mauvaises défenses et exceptions." (13 *J.*, p. 201).

DOUTRE et DOUTRE, pour le Demandeur.

A. et W. ROBERTSON, pour Woodman.

LEBLANC et CASSIDY, pour Hainault.

CAPIAS.—AFFIDAVIT.

SUPERIOR COURT, Montreal, 25th September, 1865.

Coram BERTHELOT, J.

CAMERON *vs.* BREGA.

Held: That, in an affidavit for *capias ad respondendum*, it is necessary to disclose the names of the persons from whom the information, that Defendant was immediately about to abscond etc., was obtained.

The Plaintiff sued out a writ of *capias ad respondendum*, upon which Defendant was arrested and gave bail to the sheriff. The affidavit contained the usual allegations of indeb-

tedness, and the belief that Defendant was immediately about to leave the province with intent to defraud, etc., and gave as one of the grounds for such belief that deponent had been informed "by two parties of good credit that Defendant would soon leave the province." The Defendant moved to quash the *capias*, urging, amongst other reasons, that it did not appear by the affidavit where the debt was contracted, and that the names of the persons from whom such information had been obtained were not disclosed.

BERTHELOT, J., in giving judgment, stated that the Court was of opinion that there was sufficient in the affidavit to show that the debt originated in Canada, at Quebec. But the objection that the affidavit did not disclose the names of the persons from whom deponent had derived his information, as to the intended absconding of the Defendent, was more serious. The Court was of opinion that this omission was fatal, and accordingly gave judgment granting the motion and quashing the *capias*. Motion granted and *capias* quashed with costs. (10 *J.*, p. 88, et 1 *L. C. L. J.*, p. 65.)

M. RYAN, for Plaintiff.

R. LAFLAMME, counsel.

D. S. LEACH, for Defendant.

T. K. RAMSAY, counsel.

EXCEPTION DE DISCUSSION. — TRANSACTION.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 9 juin 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, Juges.

DEBEAUJEU, Appelant, *et* DESCHAMPS, Intimé.

Jugé : Que, dans l'espèce, sur un acte de la nature d'une transaction, à raison d'un recours hypothécaire après discussion du débiteur, il faut discussion de tous les biens, meubles et immeubles de ce débiteur, avant de pouvoir exercer recours contre les tiers détenteurs.

L'action intentée était fondée sur un acte notarié en date du 26 décembre, 1839, intitulé *acte de transaction* par lequel le Défendeur, Intimé, avec plusieurs autres, reconnurent que leurs immeubles respectifs étaient hypothéqués au paiement de certaines obligations consenties par Antoine Filion, en faveur de Jacques-Philippe Saveuse DeBeaujeu, père, le 31 janvier, 1821, et le 24 septembre, 1829, et par lequel il fut convenu entr'eux et la dame DeBeaujeu, veuve du créancier, qu'après qu'elle aurait fait discuter les biens de Filion, les comparants paieraient chacun un onzième de la balance, déduction faite d'un quart, avec intérêt, et ce en quatre paiements

annuels dont le premier se ferait trois mois après la discussion. La veuve DeBeaujeu étant décédée, la créance sus-mentionnée échut pour moitié par succession au Demandeur, l'Appelant, qui alléguait, dans sa déclaration, les différents actes ci-dessus et leur enregistrement, la possession par le Défendeur de l'immeuble désigné en l'acte du 26 décembre, 1839, la discussion de Filion qui était décédé insolvable, et établissant une balance de £1,355 12 2 en sa faveur, il demandait que l'immeuble du Défendeur fût déclaré hypothéqué pour cette balance et que le Défendeur fût condamné personnellement au paiement de £474 3 6 pour sa part en principal et intérêt suivant l'acte de transaction. A cette demande le Défendeur plaida : Erreur dans l'acte de prétendue transaction, en autant qu'à l'époque de sa passation, l'hypothèque résultant de l'acte du 31 janvier, 1821, était prescrite, le Défendeur ayant acquis l'immeuble de Filion en 1826, et l'ayant depuis lors possédé sans trouble pendant plus de dix ans ; que de plus, le Demandeur avait accepté en paiement la balance du prix de vente ($800) ; que l'acte du 23 septembre, 1829, ne pouvait affecter l'immeuble vendu par Filion en 1826 ; et que le Défendeur n'avait signé l'acte que sur les représentations fausses et frauduleuses du Demandeur. Cet acte de transaction porte que "*les susdits propriétaires des susdites terres désirant éviter les frais d'une poursuite en déclaration d'hypothèque que ladite dame veuve DeBeaujeu pourrait faire contre eux*, ils consentent et s'obligent que lorsque ladite veuve aura fait discuter les biens dudit sieur Filion, père, pour tout ce qui lui est dû, tant en vertu de ladite obligation qu'*autrement*, s'il reste une balance après ladite discussion faite, eux, les détenteurs des terrains hypothéqués, paieront à ladite Dame de Beaujeu chacun un onzième de cette balance avec intérêt légal, le tout sans novation du droit d'hypothèque que ladite dame veuve DeBeaujeu a sur les susdites terres en vertu de ladite obligation," (savoir celle du 31 janvier, 1821.) Des témoins établirent que l'acte avait été signé sous le prétexte que cela était nécessaire pour faire payer Filion, et sous la menace de poursuite. Sur cette question de dol et de nullité de la reconnaissance, l'Intimé invoquait les autorités citées aux notes. (1) Le Défendeur invoqua, de plus, le défaut de discussion de

(1) *Quant au dol :* 1 Domat, liv. 1, tit. 18, sec. 3, no. 1 ; Troplong, Prescription, nos. 54, 55 ; Code de la Louisiane, art. 1841, § 4, 5, 6, 10 ; art. 1842 ; 1 Chardon, dol, nos. 91, 92, 93 à 99 et 100 ; Anc. Denisart, vbo. Rescindant, no. 9 ; 1 Bedarride, Fraude, nos. 9, 10, 11 ; Pothier, Obl., no. 799 ; Solon, Nullités, nos. 266, 267 ; *Défaut de cause :* 2 Bourjon, p. 565 ; 21 Duranton, nos 89, 90 ; 1 Domat, liv. 1, tit. 1, sec. 3, no. 13 ; Anc. Den., vbo. Rescindant. no. 10 ; 1 Despeisses, p. 761 ; 8 Duranton, nos. 546-7 ; *Sur l'erreur :* Domat, liv. 1, tit. 1, sec. 5, no 10 ; tit. 18, sec. 1, nos. 7, 9, 11 ; sec. 2 ; Troplong, Prescription, nos. 30, 33, 65, 75 ; 1 Solon, Nullités, nos. 192, 197 ;

Filion. La preuve du Demandeur, sur ce point, consistait dans la production de trois brefs d'exécution contre les meubles de Filion. Le premier, en date du 28 décembre 1839, avec un rapport du shérif qu'il avait prélevé £32 10 10½ par la vente de partie des meubles de Filion, le reste n'ayant pas été vendu au désir de la Demanderesse. Le second, émané le 8 avril 1842, avec rapport du shérif qu'il avait prélevé £5 17 10 par la vente de certains meubles de Filion, que certains animaux n'avaient pas été vendus par suite d'opposition, et que d'autres effets ne l'avaient pas été faute d'enchérisseurs. Au troisième bref, en date du 6 octobre, 1848 le shérif fait rapport qu'il n'avait trouvé dans le district aucuns meubles appartenant à Filion. L'Appelant soutenait les propositions suivantes: 1° L'obligation du 31 janvier 1821, consentie par feu Antoine Filion, constitue une hypothèque sur la propriété de l'Intimé. 2° Cet acte doit subsister ainsi que l'hypothèque qui l'accompagne jusqu'à ce qu'elle soit déclarée prescrite, et que la partie à laquelle on l'oppose invoque spécialement la prescription et la fasse prononcer par voie d'exception. 3° L'acte du 24 septembre, 1829, entraine également une hypothèque et comporte une reconnaissance de l'obligation anterieure, et cet acte, comme le premier, reste intact et exécutoire, à moins que la prescription ne soit demandée et prononcée. 4° L'acte de transaction du 26 décembre, 1839, reconnaît et admet l'existence des hypothèques résultant des deux actes antérieurs et établit d'une maniere authentique la preuve de l'existence de la créance de l'Appelant et de l'hypothèque sur la propriété de

Dunod, Prescription, p. 110 ; 6 Toullier, nos. 63, 71, 72. 74, 75 ; 10 Duranton, nos. 127, 128 : 3 Zachariæ, p. 147 ; Marceau, Transactions, nos. 2, 11, 12, 13, 16, 20, 28, 132, 151, 153, 154, 160, 161. *Sur la garantie résultant du transport:* Pothier, Hyp., pp. 468 et suiv. ; Dalloz, Recueil, vbo. Hypothèque, p. 421, § 5.

D'apres le droit français, en vigueur dans le Bas-Canada, la transaction (en anglais, *compromise*) est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître, en se faisant des concessions réciproques. Dans une transaction, les parties ne font pas le sacrifice de leurs droits, elles abandonnent seulement quelques prétentions, et la considération du contrat est le reglement du différend qui les divise. On ne peut objecter à la validité d'une transaction que l'une des parties n'a pas de droit. L'erreur de droit ne peut jamais servir de prétexte pour faire rescinder une transaction. Si cependant une pareille erreur a été le motif déterminant des parties et qu'elle ait donné lieu au dol ou à la fraude, la transaction est nulle. Si l'erreur porte sur un fait qui, bien qu'il ne se trouve pas contenu dans la transaction, est considéré comme le motif déterminant de l'une ou l'autre des parties, l'existence de ce fait est regardée comme condition implicite, quoique non exprimée ; en conséquence si le fait n'existe pas, la transaction n'a plus alors aucun fondement. Dans l'espèce, n'y ayant eu ni dol, ni fraude, ni erreur de fait, la transaction était valide. (*Trigge et al.* et *Lavallée*, Conseil Privé, 9 février 1863, Lord CHELMSFORD, Lord KINGSDOWN et Sir COLERIDGE, Juges, infirmant le jugement de C. B. R., Montréal, 19 décembre 1859, LAFONTAINE, J.-en-C., AYLWIN, J., DUVAL, J., et MEREDITH, J., qui avait infirmé le jugement de C. S., Trois-Rivières, 27 juin 1859, 11 R. J. R. Q., p. 182.)

l'Intimé. 5° L'Appelant avait droit, indépendamment de toute autre considération, de faire déclarer la propriété de l'Intimé assujétie à l'hypothèque résultant de ces obligations sans examiner la question de la répartition ou de la discussion, la répartition et la discussion n'étant que pour régler et déterminer le mode de payement. 6° L'Appelant avait droit à tout événement de faire déclarer la propriété hypothéquée pour interrompre la prescription. 7° L'acte de transaction du 26 décembre, 1839, a été volontairement et librement consenti par l'Intimé et aussi longtemps qu'il subsiste, la créance dont il constate et admet l'existence vis-à-vis de l'Intimé ne peut être mise en question. Il ne pouvait être attaqué que par l'inscription de faux. 8° L'Appelant avait établi tous les faits nécessaires pour justifier sa demande et maintenir son action. 9° La discussion ne pouvait être invoquée par l'Intimé pour repousser la demande ; il était tenu, s'il voulait l'invoquer, d'indiquer les biens à discuter et d'offrir les frais. 10° La répartition ne pouvait être un moyen d'exception recevable, c'était aux débiteurs à l'établir ; dans l'absence d'aucune preuve et d'aucune allégation de la part du débiteur, le créancier avait droit de demander la proportion divise et de réclamer cette proportion de la créance de chacun des débiteurs, et l'Appelant maintient que cette répartition n'était pas requise en loi pour lui donner droit d'exercer sa créance et d'obtenir une condamnation hypothécaire contre l'Intimé. Jugement fut rendu le 30 avril 1864, par M. le juge LORANGER, comme suit : " La Cour, considérant que, par l'acte du 26 décembre, 1839, reçu devant Charlebois et son confrère, notaires, et qui fait l'élément principal de la cause du Demandeur, lequel acte, ainsi que le prétend le Demandeur, est un acte de transaction, le Demandeur, tant en son nom que comme procureur de sa mère, Catherine Chaussegros de Léry, veuve de Jacques-Philippe Saveuse de Beaujeu, a consenti, par voie de transaction, à abandonner un quart de la créance, en capital et intérêts, créée en faveur dudit Jacques-Philippe Saveuse de Beaujeu par le nommé Antoine Filion, père, en vertu de l'acte ou obligation du 31 janvier, 1821, et que, de son côté, le Défendeur s'était obligé, toujours par voie de transaction, après que la dame de Beaujeu aurait fait discuter les biens dudit Antoine Filion, père, pour tout ce qui lui était dû, tant en vertu de ladite obligation qu'autrement, à lui payer un onzième dans la balance qui resterait dûe sur les trois autres quarts, avec intérêt, et ce en quatre paiements égaux, le premier devant se faire trois mois après telle discussion, et que, sans cette discussion, le Demandeur ne pouvait réclamer personnellement du Défendeur aucune des sommes d'argent que le Défendeur, par ledit acte du 26 décembre 1839, s'est engagé à payer en déduction de la dette dudit Antoine Filion. Con-

sidérant qu'aux termes dudit acte du 26 décembre 1839, le Demandeur ne peut non plus exercer aucun recours hypothécaire contre le Défendeur à raison de la même créance constatée par celui du 31 janvier 1821, avant d'avoir fait telle discussion des biens dudit Antoine Filion, la réserve de l'hypothèque créée par l'acte du 31 janvier 1821, qui se trouve à l'acte de transaction, ne pouvant avoir d'effet que sur le défaut du Défendeur, mis par la discussion des biens de Filion, en demeure de payer les sommes pour lesquelles il avait transigé, sommes dont le chiffre ne peut d'ailleurs être constaté que par telle discussion. Considérant que, sans cette discussion faite des biens dudit Antoine Filion, le Demandeur est sans action personnelle ou hypothécaire contre le Défendeur à raison dudit acte du 26 décembre 1839, et que la preuve de cette discussion est un élément essentiel de cette partie de la demande relative audit acte en dernier lieu mentionné. Considérant que le Demandeur a succombé dans la preuve qu'il a tenté de faire de la discussion des biens dudit Antoine Filion et que, conséquemment, il ne peut justifier des conclusions personnelles et hypothécaires qu'il a prises contre le Défendeur en recouvrement de partie des sommes mentionnées audit acte du 26 décembre 1839. Considérant de plus que Jacques-Philippe Saveuse de Beaujeu n'a jamais eu d'hypothèque sur la terre possédée par le Défendeur en vertu de l'obligation du 24 septembre 1829, attendu que Antoine Filion n'était plus alors propriétaire de ladite terre qui était sortie de ses mains et qui n'y est pas rentrée depuis, et qu'il résulte que le Demandeur est sans action hypothécaire contre le Défendeur à raison des sommes de deniers que, par ledit acte du 24 septembre, 1829, Antoine Filion s'est engagé à payer audit Jacques-Philippe Saveuse de Beaujeu, et qu'il est également mal fondé dans ses conclusions hypothécaires relatives audit acte. Faisant droit sur les deux moyens de défense invoqués par le Défendeur, et sans prononcer de jugement sur les autres, ce que, dans les circonstances du présent litige, il ne convient pas de faire, a débouté et déboute le Demandeur de son action avec dépens."

DRUMMOND, J., said : We are all unanimous is the opinion that the Defendant was not bound to point out the effects of Filion that could be discussed, as Plaintiff pretends, and we think that the proof of discussion is not sufficient. Without entering into the other points of the case, we think there was no error in the judgment and that it must be conformed.

La Cour d'Appel a confirmé ce jugement. (16 *D. T. B. C.* p. 454, et 2 *L. C. L. J.*, p. 68.)

LAFLAMME, R et G., pour l'Appelant.

DOUTRE et DOUTRE, pour l'Intimé.

CAUTION.

COUR DE CIRCUIT, Arthabaska, 7 mai 1866.

Présent : POLETTE, Juge.

BELIVEAU, Demandeur, *vs.* MORELLE, Défendeur.

Jugé : 1o. Que la caution solidaire profite, comme la caution simple, de l'article 2037 du Code Napoléon, qui n'est qu'une reproduction de l'ancien droit : Le créancier ne doit pas, par son fait, laisser diminuer ou éteindre les sûretés et hypothèques auxquelles la caution a droit d'être subrogée.

2o. Que le *fait* du créancier est aussi bien *in omittendo*, comme *in committendo*.

Le Demandeur réclamait du Défendeur $28.91, montant d'une obligation que Jean Barrette, du canton de Somerset, avait consentie au Demandeur devant Cormier et son confrère, notaires, le 19 décembre, 1858, et dont le Défendeur s'était porté caution solidaire de Barrette ; par ledit acte, Barrette hypothéqua spécialement une terre située à Somerset, dans le comté de Mégantic, et Morelle, le Défendeur, hypothéqua spécialement une terre dans le canton de Stanfold, dans le comté d'Arthabaska Le Demandeur fit enregistrer l'obligation dans le bureau d'enregistrement du comté d'Arthabaska et ne la fit pas enregistrer dans le bureau d'enregistrement du comté de Mégantic ; Barrette vendit sa terre et devint insolvable ; le Demandeur s'adressa à la caution solidaire pour le paiement du montant de son obligation et intenta son action contre lui. A cette demande, Morelle répondit que le Demandeur ayant négligé d'enregistrer l'obligation de Barrette, le débiteur principal, dans le comté de Mégantic, pour conserver son rang d'hypothèque sur la terre qu'il avait hypothéquée ; que Barrette ayant vendu sa terre, l'hypothèque était perdue, Barrette étant devenu insolvable ; que toutes ses obligations envers Beliveau avaient cessé d'être et d'exister depuis l'instant que, par sa faute, *in omittendo* et *in committendo*, Beliveau ne pouvait plus lui transporter la créance avec les privilèges et hypothèques qui y étaient attachés lorsqu'il avait consenti l'acte de cautionnement ; et comme ces garanties avaient été perdues par la faute et la négligence de Barrette, il n'était plus responsable comme caution solidaire et était complètement dégagé de son obligation. (1) Le De-

(1) 7 Merlin, *Questions de Droit*, vbo. *Solidarité*, p. 590, § 5 ; 1 Rogron, *Code Napoléon*, art. 2037, p. 756 ; 18 Duranton, no. 382, p. 402, note 1re ; Zachariæ (*Massé* et *Verge*), no. 763, p. 79, notes 2 et 3 ; 1 Dalloz, *Dictionnaire de Jurisprudence*, vbo. *Caution*, nos. 209, 210, § 16, p. 360 ; 6 Boileau, p. 688, sur l'art. 2037, *in fine* ; 2 Rolland de Villargues, *Dictionnaire du Droit Civil*,

mandeur répondait que ces autorités n'étaient applicables qu'à la caution simple et non à la caution solidaire, et encore que le Demandeur n'était pas obligé de surveiller son débiteur que c'était à la caution solidaire à le faire. (1) Le Demandeur soutint que le *fait* du créancier n'est que *in committendo, sed non in omittendo.* (2) Que dans l'ancienne Jurisprudence, le *fait* du créancier ne s'entendait que *in committendo, sed non in omittendo.* (3) La Cour débouta l'action, avec dépens, sur le principe que le Défendeur était délié de ses obligations par le *fait* du Demandeur *in omittendo* et par des *faits* particuliers à la cause *in committendo.* (16 *D. T. B. C.*, p. 460.)

DUVAL, pour le Demandeur.

RICARD, E. L., pour le Défendeur.

vbo. *Caution*, § 8, p. 240 ; 1 Sirey, *Codes Annotés*, art. 2037, p. 916, note 1 ; Ponsot, *Cautionnement*, no. 329, pp. 409 et suivantes ; Vuillaumes, art. 2037, pp. 669, 670 ; Rivière, *Variations de la Cour de Cassation*, no. 544, p. 709, no. 547, p. 713 ; Pothier, *Obligations*, no. 557.

(1) 4 N. *Denisart*, vbo. *Caution*, § 2, p. 322 ; 17 Troplong, *Cautionnement* no. 557 ; La perte de l'une des sûretés ne libère pas les autres. La clause de subrogation, dans un acte d'obligation, n'est qu'un énoncé de droit commun. (*Redpath et al.* vs. *McDougall et al.*, C. S., Montréal, 5 mai 1851, DAY, J., SMITH, J., et MONDELET, J., 3 *R. J. R. Q.*, p. 36.)

La caution solidaire répond à toutes les obligations du débiteur envers le créancier, sans que ce dernier soit tenu de veiller aux intérêts de la caution. (*Quinn* vs. *Edson*, C.S., Montréal, 31 mars 1865, BERTHELOT, J., 14 R.J.R.Q., p. 195.)

Autorités du Défendeur que le *fait* du créancier est aussi bien *in omittendo* comme *in committendo* : Pothier, *Vente*, no. 565 ; Loyseau, *Garantie des Rentes*, chap. 11, nos. 13 et suiv., p. 25 ; *Louet* et *Brodeau*, Arrêt, F. 25, p. 75 et suiv., nos. 6, 7, 8 ; 1 Despeisses, Part. 1, Titre 1er, § 20, no. 21, p. 58 ; *Lacombe*, vbo. *Garantie*, no. 9, pp. 314, 315 ; Digeste, livre 46, loi 95, § 11, de *solutionibus* et *liberationibus* ; 1 Rogron, *Code Napoléon*, art. 2037, pp. 754, 755 ; 3 Delvincourt, *Commentaire*, pp. 146, 205, note 6 ; 18 Duranton, no. 382, p. 403 et suiv. ; Troplong, *Vente*, no. 941 ; idem, *Cautionnement*, no. 565 ; 5 Zachariæ, no. 763, p. 79, note 2 ; 2 Duvergier, *Rente*, nos. 276, 277, p. 333 ; 6 Boileau, art. 2037, pp. 685, 686 ; 2 Rolland de Villargues, *Dictionnaire*, vbo. *Caution*, § 8, p. 240 ; Ponsot, *Cautionnement*, no. 332, pp. 414, 415, 416 et 417, no. 333, pp. 417, 418 ; 1 Sirey, *Codes Annotés*, art. 2037, p. 916.

(2) Pothier, *Obligations*, no. 557 ; 7 Toullier, no. 172, p. 243 ; 5 Favard de Laglande, *Repertoire*, vbo. *Subrogation*, § 2, no. 8, p. 272 ; 3 Mourlon, *Répétitions sur le Code Napoléon*, no. 1161, p. 459, note 1 ; voir aussi son traité sur la Subrogation, p. 518 et suivantes.

(3) 18 Duranton, no. 382, p. 404 ; Ponsot, *Cautionnement*, no. 332, pp. 414, 415 ; Pothier, *Obligations*, no. 557.

COMPOSITION.—PROMISSORY NOTE.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE,
Montreal, October 1865.

Present: DUVAL, C.-J., AYLWIN, DRUMMOND, MEREDITH, and MONDELET, Justices.

MARTIN *et al.*, Defendants in the Court below, Appellants, *and* MACFARLANE, Plaintiff in the Court below, Respondent.

Held: That, in an action for the amount of a note given in excess of the amount of composition, the plea by Defendants that the note was given before the composition notes and was postdated by Plaintiffs, and that, if it were paid, Plaintiffs would receive more than the other creditors, is no answer to the action.

This was an appeal from a judgment rendered by the Superior Court at Montreal on the 31st May, 1864, condemning Defendants to pay Plaintiffs the sum of $193.48, amount of a note bearing date 1st February, 1862, payable 21 months after date. Defendants pleaded specially that by notarial deed dated 1st Feb., 1862, they made an arrangement with their creditors, including Plaintiffs by which they agreed to compound for then shillings in the £. That at the date of this composition, Plaintiffs were in possession of the note sued on, which they had postdated. That if this note were paid, Plaintiffs would receive more than the other creditors and equality between them would be destroyed. For these reasons Defendants prayed for this dismissal of the action. Judgment was rendered by Mr. Justice SMITH condemning Defendants to pay the amount on the following grounds: 1st, that Defendants had failed to prove that the note sued on was given to Plaintiffs before the execution of the deed of composition; and 2nd because Defendants had not set up any agreement by Plaintiffs to take the note with the fraudulent intention of inducing the other creditors to sign the deed of composition, but they simply stated that Plaintiffs thereby received more than the other creditors, which was no answer to the action.

DUVAL, C.-J., said the peremptory exception was no answer to the action. There was an important omission to allege fraudulent intent: On this principle, they held the judgment of the Superior Court to be correct. Judgment confirmed unanimously. (1 *L. C. L. J.*, p. 55.)

C. and F. X. ARCHAMBAULT, for Appellants.

BETHUNE, Q. C., for Respondent.

COMPOSITION. — UNFAIR ADVANTAGE. — PLEADING.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE,
Montreal, Sept. 7th, 1866.

Before DUVAL, C.-J., AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND et MONDELET, J.J.

EVANS, Plaintiff in the Court below, Appellant, *and* CROSS *et al.*, Defendants in the Court below, Respondents.

To an action on a note, the Defendants pleaded an *acte* of composition, alleged to be of later date than the note, to which *acte* the Plaintiff was a party and by which he agreed to take 10s in the £, and "that by signing said *acte* of composition, the conditions whereof have long since been fulfilled, the Plaintiff discharged and released the said Defendants from all the claims and rights which the said Plaintiff had or might have had, or pretended to have previous to the execution and taking effect of said *acte*."

Held: MEREDITH, J., and DUVAL, C. J., dissenting, that the plea was sufficient, and that it was not necessary for the Defendants to allege that the note sued upon was given to induce the Plaintiff to sign the *acte* of composition, or that it secured to him an unfair advantage over the other creditors.

This was an appeal from a judgment rendered by SMITH, J., in the Superior Court at Montreal, on the 31st of October, 1864, in the following terms: "The Court considering that Plaintiff hath failed to shew any right in law to have and maintain the conclusions of his action, and that Defendants have established that the note, now sought to be recovered by Plaintiff, was due and owing before the day of the settlement of the *acte* of composition accepted by Plaintiff, in full discharge and payment of all due and owing by Defendants before that day, and that the composition had been paid by Defendants. The Court doth dismiss the action with costs." This judgment was confirmed by SMITH, BERTHELOT, and MONK, JJ., sitting as a Court of Review, on the 25th of January, 1865. The action was instituted to recover the sum of $213.32, amount of a promissory note made by the Respondents in favor of Appellant, dated May 5th, 1862, and payable twenty four months after date. The Defendants pleaded that, by an *acte* of composition *sous seing privé*, entered into on the 22nd of May, 1862, between the firm of Cross and Park, the Defendants, and their creditors, the latter agreed to accept a composition of 10s in the £, said composition, when paid, to be in full satisfaction and discharge of claims against Defendants; that Plaintiff had signed the *acte* of composition and thereby discharged Defendants from all claims, including the note

sued upon, which being of a date anterior the taking effect of the composition, came under it and was discharged. In the Court below the action was dismissed on the ground that the Defendants had established that the note sued on by the Plaintiff was due and owing before the day of the settlement of the composition, accepted by the Plaintiff in full discharge of all sums due and owing by Defendants. This judgment was confirmed in Review, the Court remarking that the note, being dated before the *acte* of composition, was therefore due at the date of that *acte* and was necessarily included in its operation. From this judgment Plaintiff appealed, submitting that the Court below, in assuming that the note in question was due and owing at the time the composition was effected and that it fell within its operation, was in error.

MEREDITH, J.: I dissent from the majority of the Court, and the Chief Justice, absent through illness, concurs with me. The action is brought upon a promissory note, and Defendants allege that on the 22nd of May, 1862, a deed of composition was executed and that the note sued upon formed part of the debt compounded for by Plaintiff. The *acte* of composition is in the following words: "The subscribing creditors of Cross and Park, traders, Beauharnois, hereby agree for themselves, their heirs and assigns, to accept from the said Cross and Park, a composition of 10s in the £, payable with satisfactory security, in equal proportions of six, twelve, and eighteen months, from 20th day of March last past, said composition, when paid, to be in full satisfaction and discharge of our respective claims against them, provided this arrangement be carried into effect on or before the 1st day of June, now next ensuing." The signature of Plaintiff is subscribed, and it is admitted that the notes given in satisfaction of the composition have been paid. The question then is this: Is the Plaintiff's action barred by the deed of composition? The sole evidence of the Defendants consists of the deposition of Plaintiff, of which they declare that they take advantage. The statement produced by Defendants at *enquête* shows that Plaintiff's claims amounted to $342.40. The three composition notes of $57.07 each, less interest, amounted to $158.58, and the balance $183.82 was settled for by the note for $213.32, payable at 24 months, which is the ground of this action. The statement concludes with these words: "Settled as above, it being understood that Messrs Cross and Park pay all the costs of suit in cash." It seems to me as plain from this statement, as anything can be made by figures, that the note sued upon was not included in the debt compounded for, and I think Plaintiff should have had judgment for the amount. But I think it is equally plain that the note sued upon was given to Plain-

tiff to induce him to sign the *acte* of composition. The Plaintiff himself admits that if he recovered the amount of this note, he would have received twenty shellings in the £ for the whole of his claim. I would therefore have been of a different opinion, had Defendants stated in their plea that the note was given to Plaintiff to induce him to sign the composition, and for the purpose of securing to him an unfair advantage over the other creditors. This point has already been decided by the Court in the case of *Martin* and *Macfarlane* (1). There is no such plea in this case, and therefore I think Plaintiff's action should have been maintained.

AYLWIN, J.: It is to be observed that there is no attempt on the part of Plaintiff to show that the terms of the agreement have not been faithfully carried out by Defendants. On the contrary, there is conclusive evidence of the fact that every farthing of the composition money has been paid. For, by the terms of the agreement, Defendants were to pay in cash the costs of the suit which had then been instituted. And it is perfectly clear that they must have paid these costs, because there is no demand made here for them. I thinked the reasons urged by Appellant for the reversal of the judgment are insufficient and that the judgment was perfectly correct.

DRUMMOND, J.: It is said that the action should be maintained, because the plea is insufficient, because it was not pleaded that the note was given to induce Plaintiff to sign the agreement, by securing to him an unfair advantage over the other creditors. I think, however, the plea is quite sufficient. It is stated clearly " that by signing the said *acte* of composition, the condition whereof have long since been fulfilled, he (the said John Henry Evans) discharged and released Defendants from all the claims and rights which John Henry Evans had, or might have had, or pretended to have, previous to the execution and taking effect of said *acte*." I am of opinion that this is sufficient. The case of Martin and Macfarlane was a very different case; there was no plea in that case at all. I concur with the majority here in thinking that the judgment should be confirmed.

MONDELET, Justice: The action was founded upon a promissory note and Defendants pretend that the note forms part of a composition entered into between them and their creditors, *undated*, but admitted by Plaintiff, examined as a witness by Defendants, to have been entered into, signed and completed in the beginning of June, 1862. The note bears date " May 5th, 1862." The Plaintiff examined as a witness by Defendants swears that the note was antedated, in conse-

(1) Reported *suprà*, p. 359.

quence of the long period it had to run, being payable twenty-four months after date, but he also affirms that the note was made out and received on the 25th June, 1862. Now two essential facts have to be ascertained, viz: the date of the composition and the date of the note sued upon by Plaintiff. As to the date of the composition, Plaintiff admits the composition to have been entered into, signed and completed in the beginning of June. With regard to the note, it bears its date May 5th, 1862. The question is whether, with the note in question before us, bearing its date upon the face of it, Plaintiff, for his own purpose, will be allowed to prove that the note was made out and received on the 25th of June following? My opinion, in that respect, is against Plaintiff's pretension, for the obvious reason that the date of the note cannot be proved, it speaks for itself, and Plaintiff cannot, in law, nor in justice, defeat Defendants' pretension, by proving the contrary of the note he has grounded his action upon. It is quite different as to the composition, it having no date, Plaintiff admitting it was signed and completed in the beginning of June, it is conclusive against him. I therefore think the Court of review had no choice, and in confirming the judgment of the Superior Court, dismissing Plaintiff's action, they gave a correct judgment which ought to be confirmed by the Court of Appeals.

Le jugement a été confirmé. (16 *D. T. B. C.*, p. 469, et 2 *L. C. L. J.*, p. 79.)

BETHUNE, Q. C., pour l'Appelant.

COWAN, pour les Intimés.

ARCHITECT.—VIOLATION OF CONTRACT.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Montréal, 7 Septembre 1866.

Présents: DUVAL, C.-J., AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND, MONDELET, Juges.

FARLAND, Appelant, *and* RODIER, Intimé.

Held: That an architect who, having agreed with the proprietor to superintend the erection of a house, subsequently engages with the contractor to watch over the contractor's interest for a pecuniary consideration, is thereby guilty of a direct violation of his agreement with the proprietor, and cannot recover under such agreement.

L'Appelant poursuivait l'Intimé en recouvrement de la somme de $100, montant convenu entr'eux pour la surveillance d'une maison que l'Intimé faisait construire. Dans le

cours des travaux, le Défendeur, mécontent des plans et informé que l'Appelant devait recevoir une rémunération des entrepreneurs, le congédia. L'Appelant, prétendant avoir rempli ses obligations à l'égard de l'Intimé, porta son action en Cour de Circuit pour le montant total, prétendant avoir surveillé les travaux jusqu'à la fin. L'Intimé opposa à cette demande que l'Appelant n'avait pas surveillé les travaux, ainsi qu'il aurait dû le faire, mais qu'il s'était entendu avec les entrepreneurs pour prendre leurs intérêts moyennant rémunération, et il concluait, en conséquence, au débouté. L'Appelant, interrogé sur faits et articles, prétendit qu'il avait commencé sa surveillance " sans autre convention que le Défendeur et l'entrepreneur devaient lui payer chacun la moitié de ses honoraires sans spécifier aucune somme." Il aurait pu espérer, suivant un prétendu tarif des architectes, cinq pour cent sur le coût total de la bâtisse, en l'absence de conventions, ce qui lui aurait rapporté £150. Le neuvième interrogatoire qui lui fut soumis était comme suit : " Ne vous êtes-" vous pas abouché avec Payette (l'entrepreneur) et ne lui " avez-vous pas demandé, en outre des plans et devis qu'il " devait vous payer, une somme de £20 pour vous indemniser " de vos troubles ou travaux, comme architecte chargé de " veiller à ladite construction ?" Voici comment il répondit : " Non, Payette m'a dit un jour qu'ayant perdu de l'argent sur " cette entreprise, je devais le laisser quitte de la part qu'il " devait me payer pour £20. Ceci se passait à la fin de juin ; " j'ai d'abord refusé, mais m'ayant promis la surveillance de " plusieurs maisons de première classe au *Beaver Hall*, j'ai " plus tard accepté, mais je n'ai rien encore reçu." Le jugement a été prononcé le 26 de septembre, 1865, par la Cour de Circuit, siégeant pour le district de Montréal, l'honorable M. le juge BERTHELOT siégeant, et est conçu dans les termes suivants : " La Cour, considérant qu'il est prouvé que le Demandeur s'était engagé envers le Défendeur, comme son architecte, pour surveiller, dans l'intérêt de ce dernier, ses entrepreneurs et ses ouvriers préposés à la construction de la maison et bâtisse dont il est question tant dans la déclaration que dans les plaidoyers, et ce, moyennant une rémunération de cent piastres, et que le Défendeur avait le droit de s'attendre que le Demandeur lui rendrait ses services comme architecte, moyennant la somme susdite, à l'exclusion d'aucun arrangement et entendement entre le Demandeur et les entrepreneurs et ouvriers préposés par le Défendeur pour la construction de ladite maison : Considérant qu'il est en preuve que, durant les travaux et presqu'au commencement d'iceux, le Demandeur s'était arrangé avec l'entrepreneur ou les entrepreneurs du Défendeur pour recevoir d'eux vingt louis, pour veiller à

leurs intérêts, à l'encontre de ceux du Défendeur et à son insu, ce qui était une violation formelle de son engagement vis-à-vis du Défendeur : Considérant, de plus, que, pour ces raisons, le Défendeur a congédié le Demandeur, ainsi qu'il avait droit de le faire, lorsqu'il a eu connaissance de cet entendement du Demandeur avec son entrepreneur ou ses entrepreneurs : La Cour, pour les raisons ci-dessus, déboute le Demandeur de son action, etc" La Cour d'Appel, à l'unanimité, a confirmé ce jugement.

DRUMMOND, J. : We are of opinion that the judgment in this case must be confirmed. Mr. Farland was in the position of an advocate who accepts a retainer from both the Plaintiff and the Defendant. The interests of the proprietor and of the contractor are conflicting, and the architect could not serve both at the same time. We have the assent of the Chief Justice in this case.

MONDELET, Juge : Il est établi que l'Appelant a forfait à ses engagements, et la conduite déloyale qu'il a tenue envers l'Intimé, en se mettant, comme il l'a fait, dans une position à avoir ou deux maîtres à servir à la fois, ou dans le cas de difficulté avec l'un ou l'autre de ces deux maîtres, de se ranger pour l'un, au préjudice de l'autre, a perdu tout droit de se faire payer par l'Intimé. Je pense donc que l'action de l'Appelant a été justement déboutée par le jugement dont est appel, en faveur de la confirmation duquel j'opine. (16 *D. J. B. C.*, p. 473, et 2 *L. C. L. J.*, p. 83.)

DOUTRE et DOUTRE, pour l'Appelant.

BELLE, J. A. A. pour l'Intimé.

ACTION EN DECLARATION D'HYPOTHEQUE.

BANC DE LA REINE, EN APPEL, Québec, 18 Septembre 1866.

Présents : DUVAL, Juge-en-Chef, AYLWIN, DRUMMOND, BADGLEY et MONDELET, Juges.

RENAUD, Appelant, *et* PROULX, Intimé.

Dans une action hypothécaire intentée par Renaud contre Proulx, tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué par Paquin, pour une créance par lui due à la société Renaud et frère, dont le Demandeur faisait partie, la société ayant été dissoute et le Demandeur étant devenu propriétaire de toutes les créances de la société :

Jugé, en Cour Supérieure : 1o. Que le seul effet d'une action hypothécaire est de faire condamner le Défendeur tiers détenteur à délaisser l'héritage hypothéqué, et que le créancier n'a aucun recours personnel contre le tiers-détenteur à défaut par lui de délaisser l'immeuble.

2o. Que des conclusions, demandant que le tiers-détenteur fut condam-

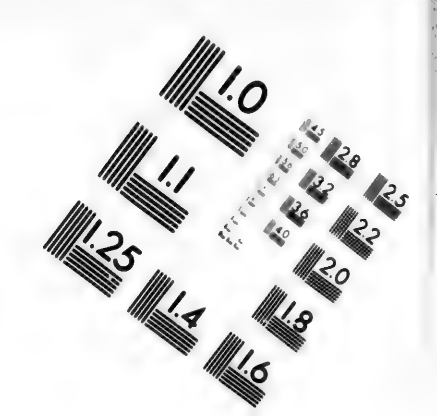
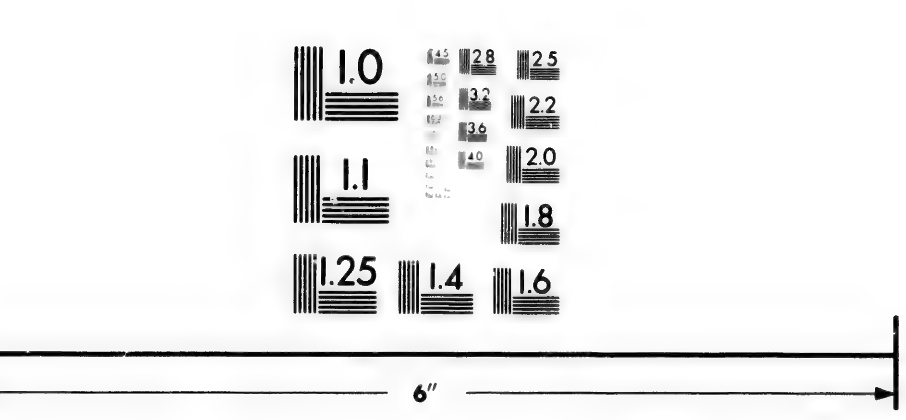


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)




2.8
2.5
3.2
2.2
3.6
2.0
1.8


1.0

né à payer le montant pour lequel l'immeuble était hypothéqué, si mieux il n'aimait délaisser, sont des conclusions vicieuses et illégales.

3o. Que dans cette cause l'acte de session ou transport des biens de la société, au Demandeur Renaud, aurait dû être signifié au débiteur personnel, Paquin, qui avait consenti l'hypothèque.

4o. Qu'il est nécessaire de prouver dans une action hypothécaire, que lors de la passsation de l'acte comportant hypothèque, celui qui consentait telle hypothèque était réellement propriétaire de l'immeuble et que le tiers-détenteur dérive son titre de tel propriétaire.

En appel: Que le Demandeur devait nécessairement prouver, pour réussir dans son action, que Paquin était, au temps de l'obligation, propriétaire de l'immeuble sur lequel il avait donné une hypothèque et que le défaut de telle preuve devait faire débouter l'action. (1)

L'Intimée était poursuivie comme tiers-détenteur d'un immeuble grevé d'une hypothèque de $1589.11, montant en principal et intérêts d'une obligation enregistrée, consentie par Joseph Paquin en faveur de la société Renaud et frère, alors composée de l'Appelant et de Cyprien Fitzpatrick. La déclaration alléguait de plus que, par un acte de dissolution de société, intervenu entre eux, ce dernier s'était retiré de la société, moyennant une certaine somme d'argent et avait cédé à l'Appelant tous ses droits en icelle au nombre desquels se trouvait l'obligation ci-dessus. Par ses conclusions, l'Appelant demandait que l'Intimée fut condamnée à lui payer cette somme, si mieux elle n'aimait délaisser. L'Intimée répondit par une défense en fait et une défense en droit. Ce dernier plaidoyer invoquait deux moyens. Par le premier, l'Intimée prétendait que l'acte de dissolution de société et de transport, ainsi que le notaire l'intitulait, contenait un véritable acte de transport par Fitzpatrick, à l'Appelant, de ses droits dans la société Renaud et frère, et que ces droits comprenant l'obligation en question, ce dernier aurait dû le faire signifier au débiteur originaire (Paquin), avant de poursuivre l'Intimée hypothécairement. L'Intimée prétendait de plus que les conclusions étaient vicieuses et illégales, parce qu'il demandait que le tiers-détenteur fut condamné à payer si mieux il n'aimait délaisser. La troisième prétention de l'Intimée était que l'Appelant n'avait pas prouvé que le débiteur personnel était propriétaire de l'immeuble hypothéqué, lors de la création de l'hypothèque ou en aucun temps, et qu'il avait ainsi le droit d'hypothéquer cet immeuble. La Cour Supérieure, par son jugement du 6 juin, 1866, maintint les prétentions de l'Intimée.

BLANCHET, pour l'Appelant: L'obligation, il est vrai, a été consentie à une société composée de deux personnes. Mais quels étaient les droits des associés sur les biens de cette société? Ce ne pouvait être qu'un droit conditionnel dépendant de

(1) V. art. 2061 C. C.

l'événement du partage. Et jusqu'au moment de la dissolution de la société Renaud et frere, l'Appelant et Fitzpatrick n'avaient aucun droit déterminé sur une partie quelconque de cette obligation. Le partage seul devait fixer ces droits en assignant à chacun son lot. Maintenant, quels sont les effets de l'acte de dissolution de la société Renaud et frère? Cet acte, de quelque manière que le notaire se soit plu à l'appeler, est réellement un acte de partage, puisqu'avant sa confection la société Renaud et frère avait une jouissance indivise des biens de cette société, et qu'aussitôt qu'il a été passé, il a fait cesser cette indivision, en attribuant à l'Appelant tous les droits que Fitzpatrick pouvait avoir dans les créances de la société. Or Pothier et plusieurs auteurs disent que: "Chaque "copartageant est sensé avoir succédé immédiatement à toutes "les choses comprises dans son lot ou à lui échues sur licita-"tion." (1) Delvincourt dit encore: "Chacun des copartageants est censé avoir été le propriétaire des objets échus à son lot, *à partir du moment où ils sont entrés dans la société.*" L'acte de partage qui a eu lieu entre l'Appelant et Fitzpatrick a donc eu l'effet de déterminer que tous les biens et tous les droits actifs et passifs de la société Renaud et frère avaient toujours appartenu à l'Appelant, moins la somme d'argent reçue par Fitzpatrick, pour représenter sa part dans ladite société. Donc l'obligation de Paquin est censée avoir toujours appartenu à l'Appelant. Donc Paquin est censé n'avoir contracté qu'avec lui. Donc ce dernier peut poursuivre le recouvrement de cette obligation, sans qu'on puisse lui opposer le défaut de signification d'un transport qui n'a jamais existé aux yeux de la loi. Quant à la seconde question, l'Appelant prétend que ses conclusions sont en tout conformes à l'art. 101 de la Cout. de Paris, qui dit formellement que: "les "détenteurs et propriétaires d'héritages hypothéqués à au-"cunes rentes ou charges réelles sont tenue hypothécaire-"ment icelles payer etc....; à tout le moins sont tenus iceux "héritages délaisser." Tel est aussi le droit du Code Napoléon (art. 2168), et cette doctrine est enseignée par Pothier, hypothèque, p. 444, où il dit: "Que quoique ces conclusions ne soient pas exactes dans l'élocution, elles n'en sont pas moins valables; et nonobstant le renversement d'ordre dans l'élocution, ajoute-t-il, c'est le délais (délaissement) qui est considéré comme l'objet et des conclusions et de la prononciation; le paiement n'est qu'une faculté accordée au détenteur

(1) Pothier, *Oblig.*, No. 445, *Communauté*, 140, 711, 713, *Vente*, 631, *Société*, 179, *Succession*, ch. 4, art. 5, sec. 1; 2 Malleville, 330, C. N. 883; Guyot, *Rep.*, vbo. *Société*; 2 Demolombe, *Des successions*, Nos. 272, 297; Dalloz, *Soc. Civ.*, No. 413.

pour éviter le délais." (1) Dans tous les cas, les conclusions de l'Appelant demandaient, de plus, que l'Intimée fut condamné à délaisser, et cette partie de la demande aurait au moins dû être accordée.

TASCHEREAU, H. T., pour l'Intimée : L'Appelant ne pouvait réussir dans ses conclusions qui étaient personnelles contre l'Intimée, parce que, quant au tiers-détenteur, il n'est tenu, au point de vue du paiement, d'aucune obligation personnelle et s'il paie, c'est par l'effet unique de sa volonté, pour éviter l'expropriation, qui est la seule conclusion possible de l'action hypothécaire, vis-à-vis d'un tiers-acquéreur. (2) Le transport fait par Fitzpatrick à l'Appelant aurait dû être signifié au propriétaire de l'immeuble hypothéqué et, faute de cela, l'Appelant ne peut pas même réussir pour une portion quelconque de la créance, vu que sa part originaire dans l'association " L. Renaud et Frère " n'est pas constatée, et d'ailleurs la réclamation de partie de la créance ne pouvait se faire au nom d'un seul associé, sans que la raison de cette réclamation partielle ne fut alléguée et justifiée. L'hypothèque étant un droit dans la chose, c'est une conséquence qu'elle ne peut être accordée que par celui à qui la chose appartient et qui en est le propriétaire, celui qui ne l'est pas ne pouvant pas transférer à un autre un droit qu'il n'a pas lui-même." (3) L'Appelant a failli de prouver que Paquin eût réellement le droit comme propriétaire de créer l'hypothèque en question, ses titres de

(1) Dans une action en déclaration d'hypothèque, le jugement condamnant le Défendeur à délaisser, mais dont ce dernier a interjeté appel, n'est pas passée en force de chose jugée ; il ne pourra l'être que par une sentence confirmative du tribunal devant lequel, par suite de l'appel, le litige est portée et continué. En conséquence, le délai pour délaisser l'héritage se trouve de toute nécessité prorogé et ne devra courir que du jour de la sentence confirmative. Le cautionnement qui, sur appel d'un jugement rendu dans une demande en declaration d'hypothèque, n'est donné que pour " dépens et dommages," et non pour satisfaire à la condamnation, est nul. (*Métrissé dit Sans-Façon et al.* et *Brault*, C. B. R., Montréal, 3 Septembre 1858, LAFONTAINE, J.-en-C., AYLWIN, J., DUVAL, J. et CARON, J., confirmant le jugement de C. S., Montréal, 18 novembre 1857, 7 R. J. R. Q., p. 66.) 2 Pigeau, pp. 593, 596 ; Nouveau patricien français, p. 246 ; Bourjon, Dt. Com. de la France, 2 vol., p. 542, No. 7, et p. 546 ; Domat, Supplément aux lois civiles, liv. 4, tome 1er, § 9, p. 228.

(2) Dans une action hypothécaire portée par le cessionnaire d'une dette, la signification de l'action au Défendeur, tiers-détenteur, ne peut être considérée comme une signification du transport au débiteur principal. La créance, sur laquelle l'action est basée, doit être échue. Selon la jurisprudence du Bas-Canada, le cessionnaire d'une dette peut poursuivre le débiteur sans signification préalable du transport. (*Aylwin* et *Judah*, C. B. R., Montréal, 9 mars 1864, DUVAL, J.-en-C., MEREDITH, J., MONDELET, J., et BADGLEY, J., confirmant le jugement de C. S., Montréal, 27 février 1857, SMITH, J., MONDELET, J., et CHABOT, J., 5 R. J. R. Q., p. 201 et 202.) Paul Pont, Privilèges et Hypothèques, vol. 1, Nos. 1127, 1129 ; Pothier, Hypothèque, ch. 2, art. 3 ; 20 Duranton, No. 233, p. 376 ; Loyseau, liv. 3, ch. 4.

(1) Pothier, Hypothèque, ch. I, sect 11, § 2.

propriété n'ont pas été produits, il n'a pas été examiné comme témoin ; enfin, il n'était pas démontré à la Cour que l'Appelant eut un droit sur l'immeuble possédé par l'Intimé, c'est-à-dire, qu'il eut une hypothèque. L'Appelant devait établir les sources de son droit, tout comme il l'aurait fait dans une action au pétitoire, et cette conséquence découle de la définition même du droit d'hypothèque. Le jugement rendu par TASCHEREAU, Juge, en Cour Supérieure, était dans les termes suivants : " La Cour, considérant que le seul effet d'une action hypothécaire est de faire condamner le Défendeur tiers-détenteur à délaisser l'héritage hypothéqué, et que le créancier n'a aucun recours personnel contre le tiers-détenteur à défaut par lui de délaisser l'immeuble ; considérant que l'octroi, par cette Cour, des conclusions de la déclaration du Demandeur exposerait la Défenderesse ou ses héritiers, malgré l'option qui lui serait laissée de délaisser, à devenir débitrice personnelle du Demandeur dans le cas où par absence, indisposition, mort ou autres empêchements quelconques, la Défenderesse ne pourrait faire le délaissement, et dans ce cas, à payer sur ses propres biens une dette considérable excédant peut-être dix fois la valeur de l'immeuble qu'elle aurait dû délaisser ; considérant que le Demandeur n'a pas demandé à amender ; considérant qu'en autant les conclusions de la déclaration du Demandeur sont vicieuses et illégales : considérant que partie de la créance réclamée a été cédée au Demandeur, en vertu d'un acte de cession ou transport qui n'a pas été signifié au débiteur personnel, savoir : Joseph Paquin, ni été accepté par lui en aucune manière ; considérant qu'en autant le Demandeur, quoique membre d'une association à laquelle ladite créance appartient en entier, n'a pas été saisi de la créance de manière à pouvoir exercer son droit d'action hypothécaire contre la présente Défenderesse, même pour une portion quelconque de ladite créance, vu que la part originaire du Demandeur dans ladite association n'est pas constatée, et que, d'ailleurs, la réclamation de partie de la créance susdite ne peut se faire au nom d'un seul associé sans justifier et alléguer la raison de telle réclamation partielle ; considérant que le Demandeur a failli de prouver que Joseph Paquin, débiteur principal de l'obligation du 12 de septembre, 1858, fût lors de la passation dudit acte, ou en aucun temps propriétaire de l'immeuble désigné audit acte d'obligation, ou que la Défenderesse dérivât son titre de propriété audit immeuble dudit Paquin : la Cour maintient les défenses au fond en droit et en fait de la Défenderesse, et renvoie l'action du Demandeur avec dépens, sauf à se pourvoir, etc." La Cour d'Appel confirma le jugement. Voici le jugement en appel : " La Cour, considérant que le Demandeur a failli dans la preuve par lui offerte, en Cour Supérieure, de

constater que Joseph Paquin, lors de la passation de l'acte d'obligation par lui consenti en faveur de Louis Renaud et Cyprien Fitzpatrick, à Montréal, le onze de septembre, 1858, était propriétaire du terrain sur lequel le demandeur réclame un droit d'hypothèque ; et que, en conséquence de ce défaut de preuve, l'action du Demandeur devait être déboutée avec dépens, et que, partant, dans le jugement prononcé par la Cour Supérieure, à Québec, le 6 de juin, 1866, déboutant l'action du Demandeur, il n'y a pas erreur, cette Cour confirme ledit jugement, etc." (16 *D. J. B. C.*, p. 471, et 2 *L. C. L. J.*, p. 126.)

TASCHEREAU et BLANCHET, pour l'Appelant.

MONTAMBAULT et TASCHEREAU, pour l'Intimée.

VENTE DE CREANCE. — ACTION.

COUR SUPÉRIEURE, Québec, 4 avril 1863.

Présent : STUART, Juge.

CRÉMAZIE *et al.*, Demandeurs, *vs.* CAUCHON, Défendeur.

Jugé : Que le cessionnaire a droit de se servir du nom de son cédant et de porter son action au nom de tel cédant.

Les Demandeurs, J. et O. Crémazie, marchands à Québec, poursuivirent le Défendeur pour le recouvrement de $114.86, montant de leur compte pour effets et marchandises vendus et livrés par les Demandeurs au Défendeur depuis le 5 de janvier 1861 jusqu'au 6 de novembre 1862. Le Défendeur rencontra cette action par une défense au fond en fait et une exception perpétuelle, par laquelle il plaidait : Que, par un acte de cession fait à Québec, en novembre 1862, les Demandeurs, pour les causes mentionnées audit acte abandonnèrent à John Ross et autres, tous leurs biens, dettes et effets généralement quelconques, entre autres, toutes créances ou sommes d'argent dues ou à échoir, à eux, dits Demandeurs, soit en vertu de comptes, billets ou autrement : Que, le 3 décembre 1862, à la réquisition de John Ross et autres, ladite cession avait été signifiée au Défendeur, par laquelle signification le Défendeur était notifié que la dette due par le Défendeur aux Demandeurs, était devenue due et exigible par John Ross et autres, les créanciers du Defendeur. Les Demandeurs répliquèrent que l'action avait été portée au nom des Demandeurs pour le profit et avantage de John Ross et autres, mentionnés en l'acte de cession allégué dans l'exception du Défendeur ; que l'action portée au nom des Demandeurs avait été ainsi portée à la réquisition desdits John Ross et autres, pour leur avan-

tage et celui des créanciers des Demandeurs. A cette réplique le Défendeur répondit en droit, s'appuyant des raisons suivantes : " 1° Parce que les Demandeurs, par leur réponse spé-" ciale, changent la demande contenue dans leur action. 2° Par-" ce que la déclaration des Demandeurs eût dû contenir l'é-" noncé des faits allégués dans la réponse spéciale, et qu'ils ne " peuvent être admis à introduire dans la cause par leur " réponse speciale, des faits qu'ils auraient dû alléguer dans " leur déclaration. 3° Parce que les faits allégués par ladite " réponse spéciale ne sont pas de nature à affecter ladite exception."

LARUE, pour les Demandeurs : Dit que la prétention des Demandeurs est que les cessionnaires avaient droit de se servir du nom de leurs cédants dans toute action portée contre leurs débiteurs. Pothier, dans son contrat de mandat, dit : "Que le cessionnaire n'est que le mandataire du cédant et peut toujours faire usage du nom de son cédant."

JUGEMENT : "The Court, considering that the demurrer is not founded in law, doth overrule and dismiss the same, with costs. (16 *D. T. B. C.*, p. 482.)

LARUE, G. H., pour les Demandeurs.

CASAULT, LANGLOIS et ANGERS, pour le Défendeur.

BAIL TO PERSONS ACCUSED OF MISDEMEANOR.

SUPERIOR COURT, Montreal, 9th November, 1865.

Coram MONK, J., in Chambers.

Ex parte WAYNE W. BLOSSOM *et al.*, Petitioners for writ of *Habeas Corpus*.

Held: 1st. That under the circumstances of this case, as stated above, the prisoners were entitled to bail.

24 Geo. 3, c. 1, s. 3, is as follows : "And thereupon within two days after the party shall be brought before him, the Judge, before whom the prisoner is brought as aforesaid, shall discharge the said prisoner from his imprisonment, taking his recognizance, with one or more surety or sureties * * * * * unless it appears unto the said Judge that the party so committed is detained upon a legal process, order or warrant out of some Court that hath jurisdiction of criminal matters, &c." *Held* : That, by virtue of this section an order by the Court of Queen's Bench, Crown side, such as recited in the preceding case, is a legal bar to the granting of bail, by another Judge, to persons entitled to the same, without regard to the legality or illegality of such order.

On the 7th November, 1865, on behalf of Wayne W. Blossom and Walter Clayton, two of the prisoners mentioned in the preceding case, MR. DEVLIN applied to MR. JUSTICE MONK

for bail. In giving judgment on the above application, Mr. Justice MONK said: This is an application on behalf of Wayne W. Blossom and Walter Clayton to be discharged from custody, or to be admitted to bail in their own recognizances. It is one of very grave importance and as submitted to me involves a variety of legal and merely technical difficulties meriting serious consideration. The record of the Court of Queen's Bench discloses the following facts: On the 25th of September last, the petitioners were indicted for conspiracy to kidnap George N. Saunders, for whose capture a high reward had been offered by the Government of the United States and the Grand Jury found a true bill. The prisoners pleaded severally not guilty and, on the 29th September and on the following days, they were tried. The honorable and learned Judge presiding (MONDELET) having charged for a conviction, the case was submitted to the petit jury and, after three days' deliberation, they were finally discharged by the Court. On the 17th day of October, the prisoners were again put upon their trial, on the same indictment. The jury again disagreed, and after nine days' deliberation were discharged by the Court. The Judge, on remanding the prisoners to stand their trial at the next term of the Court of Queen's Bench, in March next, gave the following order, dated the 30th October, 1865: "The Court in consequence of the non-agreement of the jury to a verdict, discharges them, and it is hereby adjudged and ordered that the four prisoners be remanded to the common goal of this district. And whereas, from the positive evidence adduced in this trial the prisoners are not entitled to be bailed, it is adjudged and ordered that they do stand committed to the jail of the district, without bail or mainprize, to stand their trial at the next term of this Court, and not to be discharged without further orders from this Court."

Upon the applications of the prisoners to me, the writ of *habeas corpus* was ordered and, by the return, it would appear that the petitioners are now detained under this remand, being equivalent to a commitment from the Court of Queen's Bench. It may be proper to remark that the offence charged is a misdemeanor and is bailable under our statute. It is made so in express terms, and it may be, moreover, considered and held, that by the words of the statute it is obligatory on the Judge to admit to bail on such a charge. After indictment found and two trials had, neither resulting in a verdict, owing to the disagreement of the jury, these men are detained id prison in virtue of the foregoing order of the Judge, and it is under the following clauses of the Act, chap. 95 of the Consolidated Statutes that I am called upon to liberate them: "All persons

committed or detained in any prison within Lower Canada, for any criminal or supposed criminal offence shall, of right be entitled to demand and obtain from the Court of Queen's Bench or from the Superior Court or any one of the Judges of either of the said Courts, the writ of *habeas corpus* with all benefits and relief resulting therefrom, at all such times, and in as full, ample, perfect and beneficial a manner, and to all intents, uses, ends and purposes, as Her Majesty's subjects within the realm of England, committed or detained in any prison within that realm, are there entitled to the writ, and to the benefit arising therefrom, by the common and statute laws thereof. 24 G. 3, c. 1, s. 1 ; 1 G. 4, c. 8 ; 7 V., c. 17, s. 15 ; 12 V., c. 37, s. 41 ; 12 V., c. 38, s. 98 ; 12 V., c. 40, s. 3 ; 20 V., c. 44, s, 13, 35." Sec. 4, s-sec. 2. " And upon service of the writ as aforesaid, the officer, or his under-officer, or deputy, in whose custody the party is so committed or detained, shall, within the times respectively before limited, bring such prisoner before the Judge, before whom the said writ is made returnable, and in case of his absence, before any other Judge of the same Court, with the return of such writ and the true causes of the commitment and detainer." 3. " And thereupon, within two days after the party shall be brought before him, the Judge, before whom the prisoner is brought as aforesaid shall discharge the said prisoner from his imprisonment, taking his recognizance, with one or more surety or sureties, in any sum which shall not be excessive, according to his discretion, having regard to the quality of the prisoner and nature of the offence, for his appearance in the Court of Queen's Bench, at the next term, or general gaol delivery, in and for the District where the commitment was, or where the offence was committed, or in such other Court where the offence is properly cognizable, as the case requires, and then shall certify the said writ with the return thereof, and the said recognizance into the Court where such appearance is to be made, — *unless it appears, unto the said Judge, that the party so committed is detained upon a legal process, order or warrant out of some Court that hath jurisdiction of criminal matters*, or by some warrant signed and sealed with the hand and seal. either of one of the Judges of the said Court of Queen's Bench or of the Superior Court, or of same Justice of the peace, for such matters or offences for which, by the law, the prisoner is not bailable. 24 G. 3, ch. 1. s. 3." From these citations it is obvious that I am bound by law to discharge the prisoners upon bail, unless the circumstances of the case and Mr. Justice Mondelet's order, enforce upon me a contrary duty. This application has been strenuously resisted by the Crown Prosecutor, Mr. Ramsay, and he has done so mainly on the following grounds : 1st. Be-

cause I cannot sit in appeal or review upon a judgment of the Court of Queen's Bench. 2nd. Because, in addition to the general principle thus involved, our Provincial Statute excepts the case of any legal process, order or warrant of a Court having jurisdiction of criminal matters; and 3rd. Because, even if these difficulties were surmounted, the circumstances of the case and the evidence adduced are such that the parties should not be bailed. And first, as to whether this is a judgment of the Court or not. After the discharge of the jury upon the last trial, the case for the time being was disposed of, and there was no application, either on the part of the Crown, to fix a day for another trial, nor on the part of the prisoners for their discharge or for bail. There was absolutely nothing before the Court to adjudicate upon. But, upon the discharge of the jury, the Court had the power, and indeed it was the duty of the Judge to remand the prisoners to jail until delivered in due course of law, or to the next session of the Court, fixing or not fixing the day for trial as the case might be. In remanding the prisoners, the Judge added the following important declaration: "And whereas, from the positive evidence adduced in this trial, the said prisoners are not entitled to be bailed, it is adjudged and ordered that they do stand committed to the gaol of this district, *without bail or mainprize, to stand their trial at the next term of this Court, and not to be discharged without further orders from this Court.*" The first question which arises on the objection of the Crown is, whether this order is or is not a judgment of the Court, and, if it be a judgment, whether I can review, revise, or disregard it, emanating as it does from another Court, and of the highest jurisdiction in criminal matters? This is the first difficulty in the way of admitting the petitioners to bail. Before proceeding, however to dispose of this branch of the subject, it becomes expedient to advert to a circumstance which should be steadily borne in mind in examining the proposition of the Counsel for the Crown. As a matter of law and of uniform practice, the prisoners were bailable for the offence charged, not only before but after indictment found against them, and the important fact that two successive juries empanelled to try the case disagreed and, after prolonged deliberation and under great pressure and stern remonstrance from the Court, were discharged without verdicts, if it did not entitle them to an acquittal, rendered their right to be admitted to bail less doubtful; in truth, rendered it unquestionable in a case of misdemeanor. I have not the least hesitation in stating it as my belief that the refusal to admit these men to bail under such circumstances and for such an offense, would be without example or precedent in the annals of criminal justice. But that question did not regularly arise

in this instance. There was no refusal to admit to bail, because no application to that effect was made to the Court by the prisoners. The honourable and learned Judge, without any motion on the part of the Crown, without any demand by the prisoners to be liberated on bail, without anything submitted upon which to rest a judgment of the Court, ordered the accused to "stand committed to jail without bail or mainprize till the next term of the Court, and not to be discharged without further orders of that Court." The Judge expressed a very decided opinion upon the evidence adduced, and I must assume from that expression of opinion that the testimony was very strong against the accused; but he went further, and denied the prisoners the right to be bailed under any circumstances, with an implied order to all Judges of concurrent jurisdiction carefully to abstain from the exercise of that authority, and those powers which the law has expressly conferred upon them in matters of bail in criminal cases. It is worthy of remark that this order was given in remanding the prisoners for future trial on a charge of misdemeanor, and not upon a commitment in execution of a judgment by the Court. Upon the legality or illegality of this proceeding I am not called upon to pass any judgment: but I must state my opinion to be that, as this order was given without any application whatever having been made to the presiding Judge, it is not, and cannot be considered a judgment of the Court. It adjudicates upon nothing, it decides nothing, it disposed of nothing judicially. It was correctly argued by the Crown Prosecutor that no judgment of the Court of Queen's Bench could be brought before me by way of appeal under a writ of *habeas corpus*. If this be a judgment of the Court, I am bound by it; but, as I have just stated, it does not appear to me to bear that character and, therefore, as I view the order, the first objection of the Crown to my entertaining this application is unfounded. I need scarcely add that this was not the chief objection urged by the Crown; for it was contended, in the second place, that even if not a judgment, it is an order of the Court, and as such is a legal bar under the statute to my proceeding to admit the prisoners to bail, that I can no more question the legality of an order than I can a judgment of the Court of Queen's Bench. In order fully to understand *in limine* the force of this objection, it is proper to refer to the statute itself. The Judge before whom the prisoners are brought, as aforesaid, shall discharge the said prisoners from imprisonment, "unless it appears unto the said Judge, that "the party so committed, is detained upon legal process, *order*, "or warrant out of one Court that hath jurisdiction of Criminal matters." This is the language of the law. It is precise

peremptory and free from ambiguity, and it is contended by the Crown Prosecutor that I am bound by this exception to the general rule, that I can neither pass judgment on the legality of this order, nor disregard it. On the other hand, it was urged by Mr. Devlin that this order is wholly illegal; that it renders an offence which was bailable, not bailable; that it assumes to abrogate by the exercise of a dangerous and arbitrary power the writ of *habeas corpus*, and the right to bail conferred expressly by the statute; that if such an authority can be exercised by the Court of Queen's Bench without any check or control, and plainly against law, it is manifest that the rights and liberty of the subjects must be seriously jeopardized; that if this order can be sustained, any order, however oppressive and outrageous, may be, and that there would be an end to some of the most important guarantees established for the protection of the accused parties before our tribunals of Criminal Justice; in short, that it was a violent, illegal, and perilous innovation upon the law and practice of the Court. Again, I must remark that it is no part of my duty to enunciate any opinion on the legality or illegality of that order, the honourable judge presiding on the occasion constituted the Court, his order is the order of the Court and I have no more right to offer any criticism of that order than I would have to review a judgment of that Court. And if in this case I should entertain an opinion entirely at variance with that honourable and learned Judge, it is quite beyond the scope of my duty to express that opinion. But the prisoner's Counsel goes further and contends with much plausibility, if not with much cogency of argument, that I am not called upon to adjudicate upon this order at all; that I should utterly disregard it; that on the one hand I have the law and on the other an illegal order of a Court, and that in such a case my duty is to obey the law, and entirely to ignore an order which is manifestly contrary to law; that in fact this cannot be regarded as an order at all, but simply as something *obiter dictum* by the Judge and an absolute nullity, in so far as my duty is concerned on this occasion. Numerous cases were cited, showing that some of the most eminent Judges of England have enunciated and enforced doctrine which directly sustain this view of the law in the case before me. I have considered these authorities carefully and, were it not for the precise language of our statute, they would receive their application in the present instance; for I feel satisfied that were it not for the exception made in the law, excluding cases where parties are detained by an order of a Court of a Criminal jurisdiction, my duty would be at once to liberate the prisoners on bail, irrespective of this order. They are, in my opinion, plainly entitled, under all

the circumstance of this case, to be liberated, but I am bound to a contrary course by the order of the Court: and therefore, Mr. Devlin, it is with extreme regret that I am compelled to refuse your application. I would merely add, in conclusion, that in a case of this kind, when I have before me the order of a competent Court, and the prospect of a serious conflict of jurisdiction, and in a case of doubt as to whether I am to disregard that order or to admit the prisoners to bail, my plain duty is not to interfere, and such is the case in the present instance. This, no doubt, is a case of great hardship and the precedent established, if it should not hereafter become one of an alarming character, it will be, because it is one which, in my humble opinion, it will not be judicious for Courts to follow. Application for bail rejected. (10 *J.*, p. 30.)

B. DEVLIN, for Petitioners.

BAIL TO PERSONS ACCUSED OF MISDEMEANOR.

SUPERIOR COURT, Montreal, November 22nd, 1865.

Coram BADGLEY, J., In Chambers.

Ex parte WAYNE W. BLOSSOM *et al.*, Petitioners for writ of *Habeas Corpus*

C. S. C., cap. 102, sec 57.

Held: 1st. That "*shall*" in this section is obligatory.

2nd. That in case of prisoners having been twice tried for misdemeanor and the juries in both trials discharged, because of disagreement, an order of the Court of Queen's Bench that the prisoner *be committed to goal, without bail or mainprize, to stand his trial at the next term and not to be discharged without further orders from the said court*, is void, and as such will be no bar to the granting of bail by any competent Court or Judge.

Semble: That in such a case as the one above stated, the evidence of guilt of the prisoners is to be gathered by the Judge, to whom application for bail is made, from the conclusions of the jury and not from the opinion of the judge presiding at the trial.

The application for bail on behalf of Wayne W. Blossom and Walter Clayton being rejected by Mr. Justice MONK, on the 9th November, the application was renewed to Mr. Justice BADGLEY, on the 18th of the same month, and Blossom and Clayton were brought before His Honour, on the writ of *habeas corpus* granted in their behalf.

Mr. RAMSAY, who appeared for the Crown, addressed His Honour, substantially, as follows: Can a Judge hear a petition on a *habeas corpus*, similar to one already disposed of by another judge? Section 28 of the Statute C. S. L. C., cap. 95,

was enacted to relieve Judges of the responsability of refusing writs of *habeas corpus* in cases already disposed of by their brother Judges on the pretext of judicial comity. As it was not possible to establish the rule that no party could in any case be liberated on *habeas corpus*, after his first petition had been refused, the section in question established a test: namely, "unless any new facts are stated." It is in vain to pretend that it is within the power of the applicant to avoid the operation of this enactment by simply changing the form of his petition. There must be really and truly a new fact or facts. In the present case it is not pretended that a single new fact has arisen since the application to Mr Justice MONK. The first petition was by Wayne W. Blossom and Walter Clayton, accused of a misdemeanor, to be admitted to bail, and the present petition is by the same parties and for the same purpose. But it is said that section 28 only forbids the intervention of a second Judge if the writ has been "refused" by any one Judge, and that in this case the writ was not refused; that it was granted, and that on the writ the petition was refused. This is verbal quibbling run mad. Can it be pretended, with the object of the law clear, that refusing a writ by a Judge does not mean refusing the application? Will it be maintained that if the first Judge refuse the petition without issuing the writ, he precludes a second Judge from taking another petition, setting forth the same grounds as the first, into consideration: but that if the first Judge goes a step further and issues the writ, in fact, adjudicates more fully on the question, that the second Judge thereby becomes competent to hear a similar petition? If it be so, the law of common sense and the law for the interpretation of statutes must be at variance, which I do not believe. It is pretended, however, that the same extraordinary and exceptional mode of interpretation should be applied to this section, other than the well known maxim *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*, in favour, it is said, of the liberty of the subject. This is a double error and one so common as to deserve a check. In the first place even if the matter in question were the interpretation of a statute interfering with the beneficial and constitutional writ of *habeas corpus*, the rule quoted would apply. In the second place, there is no particular sanctity or veneration attaching to the writ of *habeas corpus* to admit to bail; the writ derived from *Magna Charta*, preserved by the Bill of Rights, and so on, is the writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, and the two are no more akin to one another than a writ of summons and a writ of execution. In England there were at one time several, no fewer than four sorts of writ in force, by which a prisoner might be brought up to give bail. It is, therefore, sovereignly

ridiculous to indulge in mock heroics whenever an application is made to admit a prisoner to bail. *De jure* a person committed on suspicion, and especially one against whom a bill has been found, has no absolute right to bail; and consequently no sentimental question as to the liberty of the subject is involved in such an application. As to Mr. Justice MONDELET'S order, section 4, ss 3 (C. Sts. L. C., cap. 95), has been subjected to some criticism. On one hand it is pretended that the words at the end, "for which by law the prisoner is not bailable," control the whole section, and that the object of the section is simply to exclude any interference with a prisoner undergoing sentence. The answer to this is two-fold. First. In the early part of the section the cases of execution of a sentence are expressly reserved from the application of the section ("not being convicted or in execution by legal process"); so it does not apply to them. Second. There is no such thing as an offence "not bailable" by a Judge of the Queen's Bench, or of the Superior Court; that is before sentence. It would therefore seem that Judge MONDELET'S order, whether good, bad or different, for about that we are not called upon to agree, was within the scope of his functions. In fact, to set aside his order you have to interpret a statute and set yourself up, sitting in Chambers, as a Court of Appeal from the judgment or order of the Court of Queen's Bench. Would it be discret to bail the prisoners even if you had jurisdiction? But, even supposing Mr. Justice MONDELET'S orders were, as the petition says, "extra judicial," would such an opinion as it expresses as to the evidence, coming from the Judge who heard the case twice, not preclude any other judge from assuming the responsability of admitting the prisoners to bail? Your power is only discretionary, and how could you pretend to have exercised it discreetly if, in face of such an opinion, you admitted the prisoners to bail? On what could you pretend you based this discretion? You know nothing of the evidence. Mr. Justice MONDELET heard it all from the mouths of the witnesses, and heard it sifted and examined by counsel on both sides. But the affidavits? but what are they to the whole evidence? But the affidavits are conclusive of the prisoner's guilt. They were taken in the actual perpetration of an overt act: nay, more, the act to do which they conspired, of their conspiracy. In answer to this, we are told that this is only a misdemeanor, and that all persons accused of misdemeanor must, necessarily, be admitted to bail: that these men have been twice tried and, consequently, that they are entitled to an acquittal or, at all events, to stand out on bail: and even, their counsel says, on their own recognizances. To this, I reply that the admission to bail in misde-

meanors, as in felonies, is purely discretionary with the Judge. He admits to bail if he thinks, from the quality of the prisoners, from the nature of the crime and the doubtfulness of the evidence, there is a reasonable probability that the prisoners will reappear to take their trial. Upon these questions, there can be no doubt (2 Hale, 127). But it is pretended that our statute says that in misdemeanors the prisoner "shall" be admitted to bail. I maintain that "shall" there is not imperative (sec. 57, Con. Stat. Can., cap. 102); for we find in sec. 53 the word "may," which with the general principle cited above in the reference to Hale will settle this question. With regard to the right of prisoners who have been tried twice, the jury in neither case agreeing to an acquittal, I have yet to learn on what that proposition is founded. In the United States, whence these men come, it has been held that the disagreement of a jury is no reason for admitting prisoners to bail. ["Hurd," on *Habeas Corpus*, p. 446.] I must admit, when I heard Judge Monk weighing the presumption arising from the disagreement of the jury, against the strongly expressed opinion, if nothing more, of Mr. Mondelet's order, the idea came upon me with all the freshness of novelty. I have sought in vain for any such principle in the books, and I find it not; nor does it seem to me to be supported on abstract argument. Does not the argument work both ways? Are not the jurors who refuse to acquit as much to be considered as those who refuse to convict? Now to come to the facts—if my view of the law is correct—on what do the prisoners base their claim to have this favour extended to them? Everything that is commonly taken into consideration in questions of the expediency of admitting prisoners to bail is against them. 1st. Their crime, though called a misdemeanor, is highly penal. 2nd. The object of the crime, the procuring a large sum of money, makes it important that care should be taken that the punishment should not resolve itself into a pecuniary penalty only. 3rd. The evidence of their guilt is positive, nay, more, the facts are not questioned; the defence consisting of the pretence that Mr. Saunders consented to the kidnapping, and consequently that there was no conspiracy, backed with this other consideration, that O'Leary was a Roman Catholic and a Free Mason; *ergo*—that the prisoners did not conspire to kidnap Saunders. 4th. The fact that these men were foreigners, in fact vagrants, who have no need to return here and who certainly will not return for the luxury of standing a trial.

MR. DEVLIN contended that Judge Mondelet had no power to suspend the privilege of *habeas corpus* or bail in this case, and that his order doing so was so unprecedented, arbitrary

and illegal, and that two juries having failed to agree upon a verdict on the trial of these men, the offence being but a misdemeanor, they were entitled to enlargement on the tender of proper security, which they could readily give. That further, this was a new petition, and that, should the opinion of His Honor coincide with that of prisoners' counsel, it would in no way conflict with the grounds upon which the last petition was rejected. Mr. Devlin argued also to this effect: my position is founded expressly upon the illegality of Judge Mondelet's order; therefore, it is new in every respect from that presented to Judge Monk. Taking all the facts together, it is as clear as the sun that these men are entitled to bail unless there is something in the way to prevent your Honour from conceding that right to them--unless you consider this order binding. If you are of opinion that a judge of Queen's Bench, because he is sitting there, can do a thing entirely opposed to law—if you think he can suspend a writ of *habeas corpus* in a particular case, for a period of six months and say—I command all other Judges to abstain from inquiring into the legality of my conduct—it is for your Honour to state so. It is for you to say whether Judge Mondelet has that power or not. Because if he has, I should not be at all surprised if some individuals happening to sympathize with my clients were sentenced to undergo six months imprisonment on a similar order. If these men instead of being foreigners, were our citizens, you would have [illegible] Montreal in arms against this order. But because they are foreigners, and the public mind has been prejudiced to a certain extent against them, they are allowed to lie in jail. This order has been universally approved of with the exception of one or two journals in this city which have uttered a feeble protest of the milk-and-water kind against it. I submit my clients are clearly and unmistakeably entitled to bail.

Mr. Ramsay wished to correct the error of the learned gentleman. He did not wish it to go abroad for a moment that there was any difference in the administration of the law as between foreigners and persons here. The only reason why he mentioned the word " foreigners " was that the prisoners, being so, were assimilated to vagrants as regards the matter of granting bail. It was not because they were Americans, or of any other nationality, for he did not believe that that made any difference to us.

Badgley, J.: It makes no difference at all.

Mr. Devlin said it was the first time he had heard foreigners assimilated to vagrants. If that was to be the doctrine, he thought that we would have few foreigners coming among us.

Mr. Ramsay replied that the learned gentleman misunder-

stood his remarks. A vagrant was a man who had no position or status in the country, which was true in the eye of the law, as regards foreigners also; and the men who went by five or six names as some of the prisoners had done, were very much in the position of vagrants in the broadest sense.

Mr. Justice BADGLEY, in giving judgment said: The petitioners applied to me for a writ of *habeas corpus*, for the ultimate purpose of standing out upon bail, but ascertaining at the preliminary hearing before me that technical objections of a serious character existed, in consequence of their unsuccessful application upon a previous writ to Mr. Justice MONK, the present writ was ordered to issue that I might, from the return made to it, be informed of the circumstances of the case, and of the previous proceedings had thereon. This was the more necessary from the statutory objection strongly urged against a second writ when the first had been refused, as well as from the ruling of my judicial colleague for whose opinion I entertain the most restpectful consideration, not only from his judicial position in connection with myself, but from his known intelligence and experience in matters connected with criminal jurisprudence. The writ issued in consequence and its return has been accompanied with all the particulars connected with the previous proceedings, thereby obviating the necessity of affidavits to establish the circumstances. The circumstances of the case and the legal proceedings upon them, obviously present themselves for primary consideration. On the 7th of August last, the accused were arrested in an attempt to kidnap M. Saunders, with the object of transmitting his person within the territories of the United States, where his apprehension would secure to them a very large reward, said to be offered by the United States Government. He was not charged with any offence under the Extradition Treaty, and these persons were actuated solely by considerations of the money to be made by the operation. They were arrested on the 7th of August, regularly committed on the 16th, and at the ensuing Session of the Court of Queen's Bench, in this city, an indictment for conspiracy to kidnap Mr. Saunders, with the usual averments of assault, &c., was found against them, to which they pleaded not guilty and, on the following 4th of October, they were put upon their trial. This trial lasted from the 4th to the 9th of October, when the jury were discharged, having been unable to agree, after a deliberation of three days. The prisoners were, of course, remanded for a second trial with a new panel of jurors; and this trial commenced on the 17th of October and continued until the 30th of October, the last day and close of the Criminal Sessions, when this second jury were also discharged — also having been unable to

agree upon a verdict, after a deliberation of nine days. Upon both trials the presiding Judge charged strongly for a conviction and after the discharge of the second jury, on the 30th, he made the following order. (*This order is reported suprà p.* 372.) The original commitments, with this order, have been returned with the writ, together with the original affidavits, the subsequent indictment with the proceedings thereon, and also the previous writ of *habeas corpus*, and the proceedings upon it before Mr. Justice Monk, with his refusal and rejection of the writ. Complicated and important as the matter submitted doubtless was upon the first writ, the difficulty, in a technical point of view, has been much increased by this second application which, it is urged by the Attorney-General, is obnoxious to the statutory objections contained in the 28th sec. of ch. 95 of our Provincial *habeas corpus* Act. The section is as follows : " Whenever a writ of *habeas corpus* has been once refused by any one Judge, it shall not be lawful to renew the application before him, unless any new facts are stated, or before any other Judge ; but application may, in any such case, be made anew to the Court of Queen's Bench," &c. It is only necessary to observe upon this enactment that it is peculiar to the *habeas corpus* law of Lower Canada, and it is by no means creditable to our jurisprudence or judiciary ; it is of recent legislation—an unfortunate addition to our local, excellent and time-honoured original statute. It has no parallel in the *habeas corpus* law of England or Ireland, or of our sister province of Upper Canada, or of any of the United States. It was intended to preserve the equanimity of certain of our Judges some time ago, whose opinions upon applications for *habeas corpus* had been overruled by others ; but it is at variance with the whole purview and intent of the Act, and with the first section of the statute, which gives to all persons in Lower Canada the full benefit and relief of the writ in as full, ample and beneficial a manner as Her Majesty's subjects in England (I give the words of the Act), who, we know, may take their applications to all the Judges in Westminster Hall in succession. However that may be, the objection from the section of statute is preliminary and important in character and must be settled before proceeding further. The section necessarily refers in the first instance to the application for the issue of the writ, which, if insufficient in itself, cannot of course be renewed, without new facts ; but the section also obviously involves the judicial refusal to act upon the writ when issued. If from the circumstances or proceedings submitted, refusal is decided upon—as in this case, the refusal to act upon the first writ would necessarily be final unless new facts were stated as required by this statute To ascertain the

possible existence of these new facts, it is necessary to compare the applications. The first contains simply the statement of the committal of the accused, the finding of the indictment against them, their arraignments and their two trials, with the discharge of the two juries, and thereupon declaring themselves not guilty, they claim their discharge, or bail upon their own recognizance. The second application contains the same detailed statements, but it also sets out, in addition, at length, the above recited order, made after the discharge of the second jury on the 30th Oct., the detention of the accused under that order, and their claim to stand out on bail. 1st. Because the offense charged being a misdemeanor only, is bailable by law. 2nd. Because their two trials without a verdict, by reason of the discharge of the two juries for non-agreement, is evidence of grave doubt of their guilt; and 3rd. Because the order itself cannot legally exclude the operative effect of co-ordinate judicial power to admit to bail in legally bailable cases, such as theirs. The new facts stated in this second application, it is enough to say without commenting upon other dissimilarity between the two averments are clearly sufficient to take this application out of the statutory objection. The preliminary objection therefore cannot sustain itself and must be necessarily overruled. Proceeding onwards to the writ itself, very important objections against it have been advanced, and a similar result is required upon this writ as upon the previous one, and here *in limine* it will be proper to observe that by the effect of their remand, after the discharge of the second jury, the prisoners have necessarily been thrown back for detention, not upon the indictment, which is only the accusation and charge formed for their trial, but upon the original commitment for the originally charged offense, namely " the conspiracy to kidnap." It must be stated that this offense is unquestionably a misdemeanor only, and that according to law, common and statute, to all intents and purposes, it is undoubtedly a bailable offence, that the statute in express terms making it obligatory to admit to bail on such charges; and here it is proper to advert briefly to a verbal objection set up by the Attorney General, as to the obligatory term used in this statute. The objection is plainly founded upon a misapprehension by the Crown prosecutor as to his construction of the word *shall* used in the 57th section of the statute, which provides that " if the offence is a misdemeanor, then the Justices shall admit the party to bail." He says that this word is not *obligatory*, but that the admission to bail is protestative only, because the 53rd section is the operative law and in that section the word *may* is used in connection with bail for a misdemeanor. This is not so, however; the 52nd section and 53rd

section do both refer to bailing for offences, and point out by whom that power shall be exercised. The 52nd section provides for and requires the presence and action of two Justices to bail for felony, whilst the 53rd section provides that one Justice may bail for misdemeanor. There is manifestly no question in them as to the principle of admitting to bail, which is positively fixed by the words of the 57th section, whilst those two sections only point out the persons who shall have power to act. Clearly there is nothing in this verbal objection and *shall* remains obligatory still, notwithstanding. Now, after the discharge of the jury, the prisoners remaining in effect untried, nothing remained but to remand them to prison to await another trial or until their discharge, according to law. There was nothing to adjudicate upon, no special order was required, and the prisoners had made no application for their admission to bail, upon which the Court could affix an order or make a decision. However the above order was made, the remand was of course, unobjectionable; but the following was gratuitously added to it: " And whereas, from the evidence adduced in this trial, the said prisoners are not entitled to be bailed, it is adjudged and ordered that they do stand committed to the gaol of this district, *without bail or mainprize, to stand their trial at the next term of this Court, and not be discharged without further order from this Court.* The terms of this order are very extraordinary; their legal effect is to exclude the petitioners from the pale of the law, plainly to tell them that there is no beneficial law of liberty for them, and to use the forcible language of the petitioners' counsel, to suspend the *habeas corpus* Act as regards them. It is not easy to discover whence such judicial authority has been drawn; it does not belong to English law, it is not within the attributes of English Judges. If remands, which are mere commitments in effect, may be coupled with such orders of exclusion, why should not all commitments have similar additions ? It is true that the Court of Queen's Bench has, by common law, the power to exercise extraordinary discretions, but no instance in the books can be discovered where its discretions has been exhibited in such a manner, bearing in mind, at the same time, *that this order is entirely and absolutely ex parte, and without any application by the parties to the Court, and that the parties interested in it were absolutely not heard nor allowed to be heard upon it before being sent back to prison.* But the order is simply an order; it is not a judgment, it has none of the attributes of a judgment, it could not be got rid of by Writ of Error, because the Writ of Error only acts upon final judgments. If it is an order, it is not exclusive, unless it is declared so by the law : and if so, it must, of course, be sub-

mitted to, however extraordinary it may be. Without hearing the accused it goes to the extent of ordering all Judges of concurrent jurisdiction to abstain from interference with it, and from exercising those powers which the law compels them to exercise under the infliction of heavy penalties. Being, therefore, clearly no *final* judgment, which it would be impossible for me to touch if it were, it is urged that even as an order it excludes all concurrent judicial action, and that its power is to be found in the provisions of the 3rd subsection of the 4th section of our *habeas corpus* Act. This difficulty is purely technical, involving the construction of the latter part of the sub-section. After the statute has provided, viz: "*that all persons committed or detained in any prison in Lower Canada shall of right be entitled to demand and obtain from the Court of Queen's Bench, or Superior Court, or any one of the Judges of either, the Writ of Habeas Corpus, with all the benefit and relief therefrom, &c.*," and has also provided, 2nd, for preventing delays to returns of writs, it directs that the writ shall be granted by one of the Judges on view of the copy of the warrant of commitment and detainer and shall be returned *immediate* before such Judge; 3rd, that the person in custody shall be brought before the Judge by the detaining officer, who *shall return the writ with the true causes of the commitment and detainer*. It, thereupon, 4th, provides that the Judge shall, within two days after the party is brought before him, discharge the prisoner from his imprisonment, taking his recognizance, &c., &c., according to his discretion, &c., &c., for his appearance at the Court of Queen's Bench at its next term, &c., &c., *unless it appears unto the said Judge that the party so committed is detained upon a legal process, order or warrant out of some Court that hath jurisdiction of criminal matters, or by some warrant signed and sealed with the hand and seal either of one of the Judges of the said Court of Queen's Bench, or of the Superior Court, or of some Justice of the Peace, for such matters or offences for which by law the prisoner is not bailable*, 24 G. 4, c. 1, s. 3. In the construction of statutes it is necessary for good interpretation that the words used should be read as following those with which they are connected or to which they really apply. Now this clause is the concluding portion of the 3rd sub-section which I have given summarily immediately preceding it, and is restrictive of the power to bail whenever the party so committed is detained upon some legal order out of some Court that hath jurisdiction, and "*is for such matter of offence for which by law the prisoner is not bailable.*" It is manifest that the detention must be for some offence — without it there could be no detention; the offence therefore is the

correlative of detention and the order therefore of detention must be for an offence. But the restriction or limitation of the statute applies only to offences not bailable; therefore all bailable offences are beyond the effect of the order, which therefore cannot apply to them, and therefore is contrary to law. Mr. Justice MONK rested at the *order* only, without taking into consideration that the order of detention must have been for some act or offence, and could not have stood alone without the concluding words of the section—"*for such matters of offence for which by law the prisoner is not bailable.*" I have no hesitation in stating my clear conviction that the latter words of the section are its important portion, and that they do not and cannot be made to give any effect or validity to the order in question. But it is urged that the limitation is useless because there is no crime or offence which is not bailable. The answer is to be found in the statute itself, which excepts persons committed for treason or felony, plainly expressed in the warrant, as well as persons convicted or in execution by legal process, who are, consequently, not entitled to this writ either in term or in vacation. I ch., Cr. L., 126, Com. Dig., Hab. Corp., 3. And in this is the answer to the argument respecting commitments for contempts, which, being executions, of course cannot be touched by *habeas corpus*. It is true that although *de jure* these exceptions exclude, yet *pro favore*, the power may be exercised. Whether it be so or not, the argument does not take away the right by a Judge, under the statute, to issue the writ if there is probable cause shewn to relieve the Applicant. "The Crown, in all cases of "illegal or wrongful detention, is in legal presumption con-"cerned in having justice done, and therefore must be a party "to the proceeding to remove it. It is a prerogative writ which "the Sovereign may send to any place, having a right to be "informed of the state and condition of every prisoner and "for what reason he is confined."—1 Ch., C. L., 119, Bac. Abr., tit. Hab. Corp., 2. In other words, the proceeding in *habeas corpus* is an inquisition by the Government, at the suggestion and instance of an individual, but still in the name and capacity of the Sovereign. Now, to justify the detention, the return must shew it to be founded on legal authority. There can be no doubt as to the commitment and as to the remand here which is in the nature of a recommitment; further than this we cannot legally go upon this order. Hawkins, p. 186, says: "The conclusion should be according to the purpose of the commitment. At common law the conclusion usually was *there to remain until he shall be discharged by due course of law.*" And Hale, p. 6, 584, says: "If the conclusion be irregular, the warrant will not for that reason be void, but the

law will reject that which is surplusage and the rest shall stand." Is this order to stand as part of the commitment? Clearly not; it is the surplusage of Hale. Can it be allowed to stand as a barrier against co-ordinate jurisdiction? Clearly not; because it is not supported by the *Habeas Corpus* Act, which orders the direct reverse. It is a rule essential to the efficient administration of justice that, where a Court has jurisdiction over the subject matter, regularly obtains jurisdiction over the person, its right and duty is to determine any question which may arise in the cause without the interference of any other tribunal; even so, but then it must rest upon its legal authority. This rule is not witho t exception, because though it is objected herein that the Judge has no jurisdiction, it must be observed that the provisions of the *Habeas Corpus* Act are very general and comprehensive; in every case in which there is a detention without lawful authority the party may be released. Why? Because when a Court acts without authority its orders are nullities; they are not voidable, but simply avoid, and form no bar to a recovery sought, even prior to reversal; they constitute no justification; still, even in such case as this the action of the bailing Judge is not revisory of the order; it is simply the exercise of the power under the law to arrest the execution of a void order; it acts directly on the effect of the order, namely, the imprisonment, but only collaterally on the order itself. Assuming, then, the authority to act, notwithstanding the order, — assuming that this order itself cannot control the statute or the action of co-ordinate judicial authority — assuming that it can have no objective effect, as to the application for bail, that as to the prisoners it was obstructive and made for the purpose of putting them beyond the pale of the law, as to the co-ordinate Judges, it was preventive of their action under the statute, it is clear that both as an obstruction and a preventive it was decidedly void; it carried its own contradiction in its own terms; it impliedly admitted the right of these persons to be admitted to bail, by anticipating their application for the advantages of the statute and obstructing and preventing the right. Why should such an order have been made at all, if the offence were not bailable? The order itself admits and confesses the privilege of the prisoners to be admitted to bail. Not considering the order any longer, this return shews the commitment for a bailable offence and their detention under that commitment. I am free to confess that however much I may desire that the prisoners should be punished for their outrageous breach of our laws, I still more desire to act within the law and, under that impression, I find it beyond my power to refuse their application. Now Hawkins says "Bail is only proper

when it stands indifferent whether the party is guilty or innocent of the accusation against him, as it often does before his trial." But he adds: "Where that indifference is removed, it would, generally speaking, be absurd to bail him." But how stands this case? Two trials, with two different sets of juries, two discharges of the jury after prolonged consideration, all this is indicative of doubt and the following case, which goes far to exemplify my position, shews that the presumption of guilt, by the effect of the two discharged juries without verdict, is absolutely set aside. In Wheeler's Criminal Cases, p. 404, is a case for manslaughter, from which the following extract is taken from the remarks of the Judge: "In some late cases bail has been refused when the offence was a felony punishable with transportation; as, in 2 D. and E., 77, and 3 East, 157; and there is therefore no fixed or certain rule in cases of felony, each particular case depending upon its peculiar circumstances. The object and end of imprisonment before trial and conviction is to secure the forthcoming of a person charged with the commission of a crime, and it is never intended as any part of the punishment; for until the guilt of the party be legally ascertained there is no ground for punishment and it would be cruel and unjust to inflict it. The laws of every free government estimate personal liberty as of the most sacred character and it ought not to be violated or abridged before trial; but in cases where there are strong presumptions of guilt, and although the nature and kind of punishment which await those whose guilt is legally established, does not alter the turpitude of the offence, it must enter into the consideration of the question of bail; for if the punishment would be a pecuniary infliction, then bail, if more than the amount of the probable fine, answers every purpose; if the punishment be death or corporal punishment consciousness of guilt would probably induce to flight and an evasion of the punishment; and in admitting to bail, therefore, regard must be had to the probable guilt of the party, and the nature of the crime, and the nature of the punishment demanded. "It appears to me, from the facts before me, the conclusion is inevitable, that it is quite doubtful whether the prisoner is guilty; and I think it stands indifferent whether he is so or not. After a long and laborious trial, the jury have not been able to agree, and what proportion of them were for convicting, and what for acquitting has not been shown. No inference can be drawn from the fact that the foreman pronounced a verdict which was dissented from by the third juror, that all the other jurors were for convicting the prisoner; and it may well be that a bare majority of the jury agreed to the verdict as assumed by the foreman. I perceive that all

the jurors viewed the case as of a mitigated character by their recommendation of the prisoner to mercy. I must presume that the jurors were impartial and that their final disagreement proceeded from a conscientious difference in opinion as to the prisoner's guilt, and I am therefore bound to conclude that the prisoner may be innocent of the offence. In such a case, as I understand the law, he is entitled to be bailed, if he can give it in amount, and by persons of sufficient ability, affording a reasonable expectation, from the impending forfeiture of the recognizance that he will appear and stand trial." I perfectly concur with the foregoing, and will only add, that if doubt of guilt was the legal result of the disagreement of one jury, how much more strongly should the presumption of innocence, in so far as it affects the application to be admitted to bail, follow the discharge of two juries. It only remains to advert to the bail to be given and, although M. Justice MONK construed the law as to the order differently from me and that such technical differences must be naturally expected, that learned Judge and myself have no difference of opinion as to the effect of the two discharges upon the presumption of guilt in this case; without the order in his way to act, he was strongly of opinion to admit the application to bail, as I now do. Hence, following Hale, pp. 101 and 2, Inst., 189, I hold that the discretionary power has arisen, which is only designed to release the accused, whilst his culpability is uncertain, and his consequent punishment undecided. I cannot, therefore, take the opinion of Mr. Justice MONDELET upon the facts of this case. I can know nothing of the evidence adduced, except from those whose province it is to pronounce their verdict upon it; and as they have disagreed, the law necessarily gives the advantage of the presumption of innocence to the prisoners to the extent, not that they shall be discharged absolutely, but that they may stand out upon bail to take their trial hereafter in concurrence with their remand. They will, therefore, be admitted to bail, themselves in $1,200 each, and to sureties for each of $600 each, the sureties to justify. Application granted. (10 *J.*, p. 35.)

T. K. RAMSAY, for the Crown.

B. DEVLIN, for Petitioners.

BAIL TO PERSONS ACCUSED OF MISDEMEANOR.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Quebec, 20th December, 1865.

Coram DUVAL, C.-J., AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., and MONDELET, J.

Ex parte WAYNE W. BLOSSOM, Petitioner for Writ of *Habeas corpus*.

Held: That a person charged with misdemeanor is, after two trials for the same and disagreement of the jury in both trials, entitled to bail and such bail will be granted.

On the 29th of November, 1865, Mr. Justice BADGLEY issued an order to the keeper of the common gaol for the district of Montreal, to bring before him Wayne W. Blossom, that he might be admitted to bail. Mr. PAYETTE, the gaoler, in answer to the said order, begged respecfully to bring under the notice of the said honorable Justice that he was not in possession of the writ of *habeas corpus* issued by his Honor, and that therefore he had no right to bring up before his Honor the said Wayne W. Blossom. A copy of the said order was served on the sheriff of the district of Montreal by the high constable, who returned as follows: " No writ of *habeas corpus* having been served upon me in this case, I am not authorized to bring up the body of the said prisoner, Wayne W. Blossom, or to allow him to go at large out of the precincts of the said gaol. Montreal, 29th Nov., 1865. (Signed,) T. BOUTHILLIER." On the 6th of December, Mr. DEVLIN applied to the Court of Queen's Bench for a writ of *habeas corpus* to bring Wayne W. Blossom before the court, which was granted, and the prisoner being produced, an application was made for bail; but, owing to the absence of the honorable Chief Justice and the equal division of the court, no judgment was given, and the application was renewed before a full Court in the ensuing session at Quebec, when the application was granted.

Mr. RAMSAY, *contra:* This case is now so well known that I shall endeavor to confine the argument as much as possible; nevertheless, it is necessary to state that this application is rendered more complex than it would otherwise be by the order given on the last day of the term of the Court of Queen's Bench, Crown side, commonly called, Mr. Justice MONDELET's order. It has been broadly stated that all misdemeanors are necessarily bailable, by all magistrates, judges or courts authorized to admit to bail, and that they have no

discretion to exercise. If this be so, then the order affecting the applicant is clearly bad; but it may be well to reflect, before coming to that conclusion, on the effects of such a decision. It is in fact to say that in every offence styled a misdemeanor, no matter how heinous it may be, the punishment can be commuted for a fine. But need such a declaration be made? I propose to show, by the old law, the decisions in England, and by our statutes that it need not. Our act touching *habeas corpus* and bail is drawn first from the Statute of Westminster 1st. Before that statute it would seem that all offences were bailable, save perhaps treason and the death of a man, and by that statute a list is carefully given of those cases that are repleviable and those which are not. That classification is not the one now laid down of misdemeanor and felony. Among those excluded from bail are persons taken "for manifest offences;" and this distinction is based on the general principles of bail. See Hawkins, Bk 2, ch. 15, sect. 45: "*Nor persons accused of open offences*, for the reason of bail is, that it is dubious whether the party be guilty; but where he is notoriously guilty, he shall not be bailed." 1 Comyn's Dig., vo. Bail (F 1). And North, C. J., said in *Hall* vs. *Booth*, 1 Mod. Rep., 236—"The reason of bail is upon a supposition of law, that the Defendant flies the judgment of the law." Nothing can be better established in principle than this, that bail is not to be taken at all except when there is a reasonable probability that the prisoner will abide his trial, either because the evidence is slight or the penalty trifling. And it is for this reason that persons of ill-fame are not bailable. Anon. 12 Mod., p. 431. And this *dictum* of Holt, C. J., applies to misdemeanors as well as felonies. Petersdorff's Abridg., vo. Bail. But, again, the St. of Westminster 1st never applied to the Court of Queen's Bench, which always had the discretion to accept or refuse bail. See 2 *Hale*, p. 129: 2 Inst., 188-9; Rudd's case, 1 Leach 130; Exp. Baronet, 72 Com. Law. Rep.; Petersdorff, on Bail, 483 and 486. We next come to the St. of Chas. II, the *Habeas Corpus* Act, which is almost totally incorporated in chap. 95, C. S. L. C. Section 1 of our act gives the general right to the writ of *habeas corpus*. Section 2, at least the first part of it, gives the mode in which it shall issue; but it does not oblige the Court of Queen's Bench to issue the writ, or if issued to do anything under it, so that there can be no doubt that its discretionary power is left unembarrassed even by that act. And here I should observe that the words "one of" in the second last line of page 874 of the C.S.L.C. must be struck out, as an interpolation which makes nonsense of the section. Having shown that the Court of Queen's Bench, and probably the Superior Court, have

complete discretion in this matter, I shall now proceed to show that so has a Judge in vacation, and this brings us to sec. 4 C. S. L. C. In sub-section 3, I find a "shall" which is against me. It has been argued that that word obliges even a Judge in vacation to admit to bail in all cases of misdemeanor. That this is not the case I think appears plainly from the context; but I propose to show that the legislature elsewhere recognizes his discretion.

DUVAL, C. J.: The "shall" there refers to the two days.

MR. RAMSAY: I am glad to hear the Chief Justice give so strong an opinion in favour of my pretension; but I still may be permitted to cite section 55, C. S. C., cap. 102, as it seemed to be the opinion, when the case was argued in Montreal, that this "shall" was against me. If it be not, then my second point is gained, and I may say that a Judge in vacation has an unlimited discretion to admit or to refuse bail in all cases whatsoever. Before leaving this section, I would, however, remark that the distinction of the Statute of Charles II is not that now made; but between suspicion of felony and whether the treason or felony is plainly expressed in the warrant of commitment. Yet in *R.* vs. *Mark et al.*, 3 East, 157, this distinction was not attended to, and the court re-committed, although it was dubious by the warrant whether the statutory felony had been committed. I next come to magistrates. It has been said that they, at all events, are bound to take bail in all cases of misdemeanor, and that the obligation on them is directory to Courts and Judges in the exercise of their discretion. I contend that the statute upon which this pretension is based (secs. 53 and 57, C. S. C., cap. 102), should not be so interpreted. In the first place, section 53 says one Justice *may* bail. At first sight this appears discretionary, and is consequently in my favour. But this is denied, and it is urged that *may* is used to distinguish the case of misdemeanors from felonies, where it requires two Justices to bail. This seems to me to be an error; *may* is not required for this purpose. If the Legislature had desired to take away all discretion from a Justice, it was perfectly easy to use the imperative "shall." In the next place, in section 57, there is the word "shall" bail in misdemeanors, and it is contended that this is imperative and against me. I admit this to be so at first sight; but if the sentence be examined it will be found that *shall* applies to two classes—1st, where the magistrate thinks there is only a suspicion of felony, so strong as not to permit him to let the accused go, but too slight to refuse bail, and for this *shall* is absolutely required, because it is *shall if he thinks fit*, therefore shall is discretionary; 2nd, where it is only a misdemeanor. I therefore propose to read shall or

may, and this is, I believe, a perfectly legitimate mode of dealing with the difficulty; for a difficulty there is, because *may*, of section 53, must be read *shall*, or the *shall*, of section 57, must be read *shall* or *may*. I think I have established, therefore, that neither in the old nor the recent statute law is there anything to support this iron rule, monstrous and absurd in itself, and contrary to every principle, which it is now attempted to lay down for the first time in this country, namely, that all persons accused of misdemeanor are entitled to bail. Since I argued this case before, I enquired in the Police Court, in Montreal, if such a rule had ever prevailed there; and I was told that it had not, that bail had frequently been refused in cases of misdemeanor by the Judge of Sessions, whose experience ought to have some weight although the Judge of an inferior tribunal. But it has been said, where is there an English case of refusal to bail a misdemeanor? I answer where is there a case of conspiracy to kidnap of this sort? Kidnapping in England is a felony by the 43 Eliz., and if that statute had been in force here this question would not have arisen; but heinous as these people's offence is, I was fully aware, before drawing the bill of indictment, that I could only get at the whole four prisoners by means of an indictment for conspiracy. If, however, I cannot get a direct case of a person accused of misdemeanor being refused bail, I propose to show that the discretion to bail or to refuse bail always existed even with Justices of the Peace. In the case of *Reg.* vs. *Tracy*, 6 Mod., the distinction was made of its being a *common* misdemeanor; but on the other hand, it is said that in Marriot's case, Salkeld, 104, bail was taken because it was only a great misdemeanor. One of these cases is therefore for, the other against me. But there are a number of cases from which the discretion of the magistrate may be inferred. Thus in *Muriel* vs. *Tracy*, 6 Mod., 169, an action against a magistrate for refusing to take bail in a misdemeanour, the magistrate was held not liable, as there was no evidence of malice on his part. The same holding was maintained in *Linford* vs. *Fitzroy*, 66 Common Law Rep., 240, and this case was distinguished from Badger's case, 45 Com. Law Rep., 468, where the magistrates were compelled to pay the costs of the rule because they had acted improperly; but the Court refused to order an indictment. These three cases therefore support each other, as does also the case of *Prickett* vs. *Gratrex*, 55 Com. Law Rep., 1029, where it was held that *bona fides* wont justify a magistrate; *i. e.*, where the act is purely ministerial, his good faith is no excuse for a wrongful act. The next point in the argument is the order. This has

been called a most arbitrary and unheard of order. I shall make it my duty to show that it is quite the reverse.

DUVAL, C. J : The order may have been wrong ; but it certainly was neither unusual nor arbitrary.

MEREDITH, J : No sensible man can blame Mr. Justice MONDELET for the order, since it appears that even now the Court is divided as to whether he was right or wrong in making it.

Mr. RAMSAY : In *Reg.* vs. *McAttavy*, 4 Cox, p. 444, and *Reg.* vs. *Macginnis*, 5 Cox, p. 511, orders similar to the one complained of were given, and the Court of Queen's Bench in Ireland would not interfere at all. They did not say they had not the power, but they would not. And in another case, *Reg.* vs *Harris*, 4 Cox, p. 21, Mr. Justice *Earle* refused bail because the Judge of Assize had a bad opinion of the case, and the Crown would not consent. From these three cases I draw two conclusions. 1st. That orders such as that made by Mr. Justice MONDELET are not unheard of. 2nd. That even an opinion less firmly expressed by one Judge in England is looked upon as sacred by his brother Judges. See also *Rex* vs. *Mark* already cited. But as to the first point I can also draw authority from the Statute of Westminster 1st, which evidently points to such orders, and declares they cannot be touched by any inferior Court or by a judge in vacation. This enactment is also to be found reproduced in our statute. It has been the subject of much discussion, and the pretension I now put forward was in this very case supported by Mr. Justice MONK, at Montreal. I have not dwelt on the enormity of this offence, for I feel that if the Court has a discretion at all it will refuse bail, apart from any consideration of the order. East (vol. 1, page 430) says that the crime of kidnapping might well have been made capital from its enormity. These people too were vagrants, men who had been haunting Canada for months under false names. This was another reason for refusing them bail. It would be an illogical position for this Court to assume, to say it had a discretion which it could not exercise, for that would be to have no discretion at all. And why should they not exercise their discretion ? Because in England, where the law is essentially different, the recent practice is to bail in certain misdemeanors. With all respect for English precedent we certainly cannot be hampered to that extent, and be forced to accept as law the decisions of tribunals given in a different country, and under a statute materially differing from ours. But if we are to follow slavishly even English errors, let us hedge them round with similar protections, and let us ask the bail they ask in England. In Judd's case, 2 Leach, 547, £3,000 of bail was exacted ; this would balance considerably the $25,000 speculations of kidnappers.

MONDELET, J., speaking first, and *dissentiens*, said : My brother AYLWIN and I differ from the decision, which the majority of the Court will render. I am not perfectly correct, I fear, when I use the word decision, since there is not a majority of this Court to declare that the order (not of judge MONDELET, but of the Montreal Criminal Court) is illegal, all that is about being done will reduce itself to admitting the prisoners to bail. The first branch of the subject I shall adress myself to, is the question of the jurisdiction of this Court. Is the case one which, in its present stage, this Court is empowered to take cognizance of ? I think not. The Court of Queen's Bench, in Lower Canada, is a Court of Appellate Jurisdiction in civil matters, such is its primary and essential constitution. Then, additionally, it is invested with original criminal jurisdiction ; and, besides, in certain cases, it may, *in error*, take cognizance of certain matters originating in the course of trial in the criminal Court. It requires only to refer to Cons. Stat. L. C., c. 77, sec. 4, as to the appellate jurisdiction, and to sec. 67 and 62, with respect to the criminal jurisdiction, to apprehend, at once, the correctness of the preceding observations. An application for a writ of *habeas corpus* may be made to this Court, in the way directed by law ; but it is evident, that the case now before the Court is one which presents itself in a very different aspect from others. Here we have the judgment or order of the Court of Queen's Bench, sitting on the Crown side, that the prisoner, together with three others shall stand committed and not be discharged ; but by the order of the said Court, sitting on the Crown side. Is this order not an estoppel ? Is there any power in this Court, sitting in appeal, in civil matters, without a *writ of error*, to interfere with such an order ? Is it not as certain as elementary, that " a man may not be delivered from the commitment of a Court of Oyer and Terminer by *habeas corpus*, without a writ of error ? " 1 Salt., 348. Is it not glaringly manifest that the oftentimes repetition that the order is the order of Judge Mondelet, is a gratuitous assertion, untrue in law, and in fact, since, by law, one Judge holding the Criminal Court, has as much power as if the five Judges of the Court were on the Bench ? He is the whole Court. It clearly follows, that the order in question cannot be touched by this present Court, full as it is, and much less again, by any member thereof, and of course, much less again, by any member of a Court inferior in jurisdiction to the Court of Queen's Bench. A great cry has been raised against the order, on the score that it is one to all the Judges, not to interfere with it, and that it is *a piece of blank paper*, inasmuch as the Judges of the Superior Court have in matters of *habeas corpus*, concurrent juris-

diction with the Judges of this Court. A moment's reflection will enable any one, to see how much an objection is wanting in soundness. First of all, the judges of the Superior Court have concurrent jurisdiction in matters of *habeas corpus*, where and when judges of this Court have, but no further; and since it is plain that no *individual* judge in this Court has a right to interfere with this order of the Court of Queen's Bench, sitting on the Crown side, it is more than plain, that no judge of the Superior Court had a right to meddle with this case. Judge MONDELET had no right to seal the lips of all his brother judges. How often has this trite observation not been made? Well the answer is at hand. The Court of Queen's Bench, sitting on the Crown side, has, in the plenitude of its power, in the exercise of its discretion, being in possession of all the facts, considered right and safe, in the interest of the community at large, and for its protection, to order the prisoners to be sent back to prison, and there to remain, *without bail or mainprize*, until discharged by that Court. That decides the point. And well is it that it was so ordered. The sequel shows it. A judge of another Court has, in his wisdom, looked upon the order of the Court of Queen's Bench, as a nullity, and has thought proper to treat it as such. He granted the *habeas corpus*, and would have admitted Blossom to bail, had not the sheriff and the gaoler very properly resisted the order of Mr. Justice BADGLEY. Had the learned judge persisted, I would, on application being made to me, have, at once, set the sheriff and gaoler at liberty had they been committed for *(pretended)* contempt, in not obeying Mr. Justice BADGLEY'S order, which was a perfect nullity. I may be permitted to say, that there was more discretion exhibited in abandoning this unwise proceeding than in initiating it before a judge in chambers. Is it not, moreover, evident, that, if *one* judge may assume to declare *null and void* an *illegal* order of the Court of Queen's Bench, he may as well treat, in the same way, a perfectly *legal* order of that Court? *Anarchy* must inevitably be the result! The proceedings of the highest Court in the country would then be stopped and controlled by the *order* of a single judge of a Court of an inferior jurisdiction, or even by the order of a *single* judge of that Court! M. Justice MONK took that view of the case, and refused to act, the judgment of the Court being, as he correctly said, law for him. Besides, who ever heard of a *writ of habeas corpus* to set aside or come counter to a judgment or an order of the Court of Queen's Bench? Where is that to be found? Truly no one in England or anywhere else, ever, before this day, dreamt of such a thing! The judgment or order of the whole Court of Queen's Bench, sitting on the Crown side, set aside

in chambers, by a single judge, either of that Court, or by a single judge of an inferior Court! The mere mention of such a pretension is sufficient to characterise it. Well might the Chief Justice DUVAL of this Court, *in re* Donaghue, 7 *R. J. R. Q.*, p. 237, and seq., say that "the writ of *habeas corpus* is not granted for the purpose of reviewing the judgment of a Court, and questioning the regularity of the proceedings before that Court. The object of the writ is to keep Courts within their jurisdiction, not to correcttheir errors. This must be done by appeal or by writ of error." True, the case of Donaghue was a different one from the present, but, as far as the nature and effect of the *habeas corpus* are concerned, the principle which the learned Chief Justice acted upon and enunciated, is unquestionable. Now comes the question whether bailing for misdemeanors is obligatory. It is not at common law. It is not by our own statute law. L. C. Cons. Statutes, c. 95, sec. 3, subs. 3. Canada Cons. Statutes, c. 102, sec. 55 and 57. It is discretionary, and here, as in England, 1st Chitty, p. 97, the Court of Queen's Bench, in the plentitude of its power, may and should exercise its discretion. The *dicta* of Lord Chief Justice DENMAN have been made much of, but that learned judge has, after all, merely spoken of *practice and received opinions*. Suppose had he gone further, are we judges, in Canada, come down to such a state of abnegation as to give up our opinion, and bow down humbly to the *dicta* of Judges in England, however eminent they are? Are they infaillible more than we are? Do they not differ as much, if not more, than we do here? Have their judgments never been set aside by the House of Lords? I have great respect for the eminent judiciary in England; but I must be permitted to say, that I have greater respect for what I consider to be law, and for what I take to be reason and justice, rather then mere *dicta* or *precedents*. Besides, if Lord DENMAN, or any other judge in England, had ever been placed as we are here in Canada, close to the frontier, where there are for *kidnapping* facilities which do not and cannot exist in England, is it to be supposed that they would be more disposed than I have been, to admit to bail, the prisoner Blossom, giving him, thereby, a *passport* to his home over the line 45°? I am confident they would look to it, as it should be done. What is the object of bail? Is it not to secure the appearance of the accused? Oh, but it is a misdemeanor! Which means: for a felony, i. e., stealing to the amount of fifteen shillings, if evidence is strong, you will not bail, but if it be an *enormous misdemeanor*, perilling the peace of the country, as well as the personal liberty of the subject, you are bound to bail. And this is called law; this is held out as right and just, and

commended by what, *ad captandum*, is so often termed the liberty of the subject! The liberty of the subject! Give the subject the liberty of doing all he may desire, and extend no protection to the subject, that is, the community at large. A very sound and protecting doctrine! The order was not only perfectly legal, but imperiously called for by the circumstances. Never was evidence more conclusive. Every one is familiar with all the facts of the case of this outrage and conspiracy, and violation of our soil by desperadoes, whom the fear of murder and the consequences of their nefarious doings, did not deter from their criminal purposes. The scandalous dereliction of duty in some of the jurors, in refusing to convict men whose guilt was made out beyond the possibility of doubt, &c., was not, as many pretended, a reason to give the prisoners the *benefit of the doubt*. There was no doubt. Both sections of the jury were, or appeared, equally determined to convict or acquit all all gave the case a character which was *sui generis*. The court would have been wanting in its duty to the country, had it not peremptorily ordered these men to be detained as it has done. The *Trent* affair was a less heinous one. Commodore Wilkes had some plausible motives, right or wrong; here we have a deep laid and continued conspiracy, with murder as a means, and kidnapping as the end, and all that, to secure a reward for six desparadoes who seem to have obtained the sympathies of the apostles of *the liberty of the subject*. The Chief Justice (DUVAL) of this court very properly said, during the argument, that the order was neither *unusual* nor *arbitrary*. And another member of the court (Judge MEREDITH) has observed that "no reasonable man can blame Judge MONDELET for giving the order, since judges were divided in opinion with regard to it." I now close by remarking that after all that has been said, written, and argued, there is not a majority of the court to declare the order illegal. The Chief Justice abstains from expressing any opinion. Judge MEREDITH says it is open to grave objections. Judge AYLWIN and myself are of opinion that it is legal, and was called for, by the circumstances of the case. Judge Drummond stands alone in the expression of his opinion, "that the order was illegal, and a piece of blank paper, in that part which went further than remanding the prisoners to gaol." The prisoner will, in consequence of the order of the majority of this Court, be admitted to bail, and will be allowed to return to his country, impressed, as I trust, that in Canada, foreigners obtain what they consider protection, as well as Her Majesty's subjects.

AYLWIN, J., also dissentient, said: This case has been ably argued, and it is therefore unnecessary for me to say much

upon the present occasion. By the Consolidated Statutes L. C., Cap. 77, Sec. 67, is enacted that: "The said Court of "Queen's Bench and the Judges thereof, shall have criminal "jurisdiction throughout Lower Canada, and in the several "districts thereof, with full power and authority to take "cognizance of, hear, try and determine, in due course of law, "all pleas of the Crown, treasons, murders, felonies and "misdemeanors, crimes and criminal offences whatsoever, had, "done or committed, or whereof cognizance may lawfully be "taken within Lower Canada, save and except such as are "cognizable only by the jurisdiction of the Admiralty." 68. The Judges of this court are to be Justices of the Peace and Coroners. 69. "No cause, matter or thing shall be removed "into the said Court from any other Court or jurisdiction, "except cases pending before any Court of General or Quar-"ter Sessions of the Peace, in which a trial by Jury is by law "allowed, which cases may be removed into the Court hereby "established, by *certiorari*." 71. "Subject to the next following "section, the terms or sittings of the Court of Queen's Bench, "in the exercise of its criminal jurisdiction, shall respectively "be held by any one or more Judges of the said Court; and "any one or more of them shall, at such terms or sittings, "form a quorum, and may exercise all the powers and juris-"diction of the Court." 72. "Any one of the Judges of the "Superior Court may hold any term or sitting of the Court "of Queen's Bench, for the exercise of the original criminal "jurisdiction of that Court, and shall have all the powers of "a Judge thereof and of the Court in the exercise of said "jurisdiction; but it shall not be incumbent upon any Judge "of the Superior Court to hold any such term or exercise any "such powers at either of the cities of Quebec or Montreal, if "there is a Judge of the Court of Queen's Bench present at such "city and able to act." 73. "All writs and process of said Court, "issued in the exercise of its jurisdiction in criminal matters, "shall be distinguished as being so issued, and shall be signed by "the clerk of the Crown in and for the district in which they "issue, and shall run and be sealed and attested in the man-"ner hereinbefore provided with regard to the writs and "process of the Court issued in the exercise of its jurisdiction "as a Court of Appeal and Error." [The Honourable Justice here referred to Con. Stats. L. C., Chap. 77, Sec. 56 to 63 creating a Court of Error] 56. "The Court of Queen's Bench sitting in appeal and error shall be a Court of Error in criminal as well as in civil cases, and shall have jurisdiction in error in all criminal cases before the said Court on the Crown side thereof, or before any Court of Oyer and Terminer, or Court of Quarter Sessions; and the writ of error shall

operate a stay of execution of the judgment of the Court below. 20 V., c. 44, s. 21. And in order to provide means of deciding any difficult question of law arising at criminal trials. 57. " When any person has been convicted of any treason, felony or misdemeanor, at any criminal term of the said Court of Queen's Bench, or before any Court of Oyer and Terminer, gaol delivery, or Quarter Sessions, the Court before which the case has been tried, may, in its discretion, reserve any question of law which has arisen on the trial, for the consideration of the said Court of Queen's Bench on the appeal side thereof, and may thereupon respite execution of the judgment on such conviction, or postpone the judgment, until such question has been considered and decided by the said Court of Queen's Bench ; and in either case the Court before which the case trial was had, in its discretion, shall commit the person convicted to prison, or shall take a recognizance of bail with one or two sufficient sureties, and in such sum as the Court thinks fit, conditioned to appear at such time or times as the Court shall direct, and receive judgment or render himself in execution, as the case may be. 20 V., c. 44, s. 22." 58. " The said Court shall thereupon state, in a case to be signed by the judge or judges, recorder, inspector and superintendent of police, or chairman holding or presiding such Court, the question or questions of law which have been so reserved, with the special circumstances upon which the same have arisen : and shall forthwith transmit the same to the clerk of appeals at the place where appeals, from the district in which the conviction was had, are to be heard : 2. The said Court of Queen's Bench shall have full power and authority, and at any sitting thereof on the appeal side, after the receipt of such case, to hear and finally determine every question therein, and thereupon to reverse, amend or affirm any judgment which has been given on the indictment or inquisition, on the trial whereof such question arose, or to avoid such judgment, and to order an entry to be made on the record, that in the judgment of the said Court of Queen's Bench the party convicted ought not to have been convicted, or to arrest the judgment, or to order judgment to be given thereon at some other criminal term of the said Court, or session of Oyer and Terminer, or Quarter Sessions, if no judgment has before that time been given, as the said Court of Queen's Bench is advised, or to make such other order as justice requires. 20 V., c. 44, s. 23." 59. " The judgment or order, if any, of the Court of Queen's Bench in such case as aforesaid, shall be certified under the hand of the chief-justice or one of the judges concurring therein, to the Clerk of the Court from which the same was sent, who shall enter it on the original record in

proper form, and a certificate of such entry under the hand of such clerk, in the form or as near as may be to the effect of the Schedule A. to this Act. with the necessary alterations to adapt it to the circumstances of the case, shall be delivered or transmitted by such clerk to the sheriff or gaoler in whose custody the person convicted is, and such certificate shall be a sufficient warrant to such sheriff or gaoler and all other persons, for the execution of the judgment as the same is so certified to him to have been affirmed or amendel, (and execution shall thereupon be done upon such judgment,)—or for the discharge of the person convicted from further imprisonment if the judgment be reversed, avoided or arrested, and in that case such sheriff or gaoler shall forwith discharge him, and at the next sitting of the Court from which the case was sent, the recognizance of bail, if any, shall be vacated; and if the Court from which the case was sent is directed by the Court of Queen's Bench to give judgment, it shall give judgment at the next sessions thereof. 20 V., c. 44, s 24. " 60. " The judgment of the Court of Queen's Bench in any such case as aforesaid, shall be delivered in open Court, after hearing counsel or the parties, in case the prosecutor or the party convicted thinks it fit that the case be argued, and in like manner as other judgments of the said Court on the appeal side, but no notice, appearance or other form of procedure, except such only, if any, as the Court in such cases sees fit to direct, shall be requisite. 20 V., c. 44, s. 25." 61. " The Court of Queen's Bench, when a case has been so reserved for its opinion, may, if it sees fit, cause the case or certificate to be sent back for amendment, and thereupon the same shall be amended accordingly, and judgment shall be delivered after it has been amended. 20 V., c. 44, s. 26." 62. " Whenever any writ of error is brought upon any judgment on any indictment, information, presentment or information in any criminal case, and the Court of Queen's Bench reverses the judgment, the said Court may either pronounce the proper judgment, which shall be executed as the judgment of the Court below, or may remit the record to the Court below, in order that such Court may pronounce the proper judgment. 20 V., c. 44, s. 27." 63. " If in any criminal case either reserved as aforesaid or brought before it by writ of error, the Court of Queen's Bench is of opinion that the conviction was bad from some cause not depending upon the merits of the case, it may be its judgment declare the same, and direct that the party convicted be tried again, as if no trial had been had in such case. 20 V., c. 44, s. 28." A writ of *habeas corpus* on the behalf of Wayne W. Blossom issued out of this Court on the Appeal side of the Court of Queen's Bench sitting

in Appeal and Error, as a Court of Error as well in criminal as in civil causes, and the return to that writ is as follows: "*Province of Canada, District of Montreal.* I, LOUIS PAYETTE, keeper of Her Majesty's common jail, in and for the city and district of Montreal, in the Province of Canada aforesaid, do hereby certify and return to our Sovereign Lady the Queen, that before the coming of the annexed writs to me directed, to wit, on the sixteenth day of August, the body of Wayne W. Blossom, therein named, was committed into the said jail of our said Lady the Queen, under my custody, by virtue of two warrants under the hand and seal of William Ermatinger, Esquire, Police Magistrate, in and for the district of Montreal, which said warrants are in the words following, to wit: *Province of Canada, District of Montreal,* POLICE COURT. To all or any of the constables or other peace officers in the said district of Montreal, and to the keeper of the common jail at the said city of Montreal, in the said district of Montreal. Whereas Walter Clayton, William Ames Blossom, Wayne W. Blossom and Charles Hogan Adams, all of the city of Montreal, in the district of Montreal, laborers, were this day charged before me, William Ermatinger, Esquire, police magistrate in and for the district of Montreal, on the oath of George N. Saunders and others, for that the said Walter Clayton, William Ames Blossom, Wayne W. Blossom and Charles Hogan Adams, did on the seventh day of August instant, at the city of Montreal, unlawfully commit an assault on the person of George N. Saunders of the said city of Montreal, and then and there did forcibly and unlawfully steal and carry away and secrete the said George N. Saunders, against the peace of our Lady the Queen, her crown and dignity. These are therefore to command you, the said constables or peace officers, or any of you, to take the said Walter Clayton, William Ames Blossom, Wayne W. Blossom and Charles Hogan Adams, and them safely convey to the common jail, at the City of Montreal aforesaid, and there deliver them to the keeper thereof, together with this precept: and I do hereby command you, the said keeper of the said common jail, to receive the said Walter Clayton, William Ames Blossom, Wayne W. Blossom and Charles Hogan Adams into your custody in the said common jail, and there safely to keep them until they shall be thence delivered by due course of law. Given under my hand and seal, this sixteenth day of August in the year of our Lord one thousand eight hundred and sixty-five, at the said city of Montreal, in the district aforesaid. (Signed,) W. ERMATINGER. P. M." "*Province of Canada, District of Montreal,* POLICE OFFICE. To all or any of the constables or other peace officers in the said district of Montreal, and to the kee-

per of the common jail at the said city of Montreal, in the said district of Montreal. Whereas Walter Clayton, William Ames Blossom, Wayne W. Blossom, and Charles Hogan Adams all of the City of Montreal, in the District of Montreal laborers, were this day charged before me, William Ermatinger, Esquire, police magistrate in and for the district of Montreal, on the oath of George N. Saunders and others, for that the said Walter Clayton, William Ames Blossom, Wayne W. Blossom and Charles Hogan Adams did, on the seventh day of August instant, at the city of Montreal, unlawfully conspire combine, confederate and agree, together with divers other persons, forcibly and unlawfully to steal and carry away George N. Saunders from the Province of Canada, where he was then living, into the United States of America, against the peace of our Sovereign Lady the Queen, her crown and dignity. These are therefore to command you, the said constables or peace officers, or any of you, to take the said Walter Clayton, William Ames Blossom, Wayne W. Blossom and Charles Hogan Adams, and them safely convey to the common jail, at the city of Montreal aforesaid, and there deliver them to the keeper thereof, together with this precept: and I do hereby command you, the said keeper of the said common jail, to receive the said Walter Clayton, William Ames Blossom, Wayne W. Blossom and Charles Hogan Adams into your custody in the said common jail, and there safely to keep them until they shall be thence delivered by due course of law. Given under my hand and seal, this sixteenth day of August, in the year of our Lord one thousand eight hundred and sixty-five, at the said city of Montreal, in the district aforesaid. (Signed,) W. ERMATINGER, P. M." And that these are the causes and the only causes of the caption, commitment and detention of the said Wayne W. Blossom in Her Majesty's jail aforesaid; the body of which said Wayne W. Blossom I have now, as by the said writ it is commanded me. Attested at the city of Montreal, in the said district of Montreal, in the said Province of Canada, this sixth day of December, in the twenty-ninth year of Her Majesty's reign, and in the year of our Lord Christ one thousand eight hundred and sixty-five. (Signed,) LOUIS PAYETTE, Jailer." It is to be noticed that in the making of this return the jailer has made no mention of the fact that, upon a writ of *habeas corpus* before that now submitted, a previous writ was given by his Honour Mr. Justice Monk, being a Judge of the Superior Court, who rejected the application, and necessarily must have ordered a remand. Shortly after this a similar application for *habeas corpus* being submitted to Mr. Justice Badgley, an order was made to admit the prisoner to bail. In the making of his return I have

to express my opinion that the answer to the return was defective, and that all the facts in relation to the two preceding writs of *habeas corpus* should have been disclosed. In expressing my opinion I have to say that the writ of *habeas corpus* now under consideration should be struck from the record of this present Court as *quia improvide emanavit*: 1st. In consequence of the form as issuing out of the Appeal side, instead of the Crown side; and secondly, in consequence of there being no portion of the law which authorized us to undertaken any exercise in this cause as in a criminal case. The Court of Queen's Bench, to be a Court of Error in criminal cases, requires a writ of error which can only operate a stay of the execution of the judgment of the Court below, and it is clear that no questions were reserved by the Criminal Courts, or submitted to the Court on its Appeal side. The whole proceeding then is *coram non judice*, and with that I should be inclined to stop at this point. But it would be unjust on my part not to express the sound and legal view of what I hold with reference to the order made by Justice MONDELET, that is to say more clearly by the whole Court of Queen's Bench, Crown side. If ever a cause, after two attempts to obtain trial by Jury, became abortive, it was high time for the Honorable Judge to make the order which he made. The learned Judge, having exercised his discretion, has done it well, and for the peace, welfare and good government of the people of this province. Were the matter to be debated, that thing could only be done by means of a motion in the shape of our own Court on the Crown side, for a revision of the order, and that even I doubt. In the Queen's Bench, in England or Ireland, no case has ever occurred, or will occur, to set aside a judgment of the court once made in bank, and still less will it ever be treated as a nullity and a piece of blank paper. The power of the Court of Queen's Bench is unlimited and is the arbiter of every matter in relation to bail, and is higher than the writ of *habeas corpus* which is only intended as a means to an end, but which never was intended to destroy the authority of justice. Again, if nothing else than the comity of courts be considered, that would be sufficient to restrain me from undertaking to alter the judgment of any court, certainly much less that of my own Court the Queen's Bench, by a side wind. At the time of the second trial at bank it was impossible that a third trial could occur at the same term of the court; the sitting was also as a court of general jail delivery, and the term was to last until such time as it was to be deemed by the judge to be closed. The order of the judge, therefore, that the prisoner should be held to remain in jail, without bail or mainprize, until the court should again meet, was

absolutely necessary. A great deal has been said of the distinction between felonies and misdemeanors. I hold that in the Court of Queen's Bench, the instant that a prisoner stands in the dock for his trial, and that the jury has been empanelled and the trial has commenced, no man be discharged unless it be by verdict, or order of the court. I shall not undertake to inter into the speculative opinions of one side or the other, nor shall I enter into the discussion respecting the powers of Justices of the Peace, or of the necessity of granting trial under the *habeas corpus* provisions of the law of Canada. It is unnecessary to mention anything upon these points with the view which I have taken of the matter. But of this I am sure that a Justice of the Peace, acting judicially, and not acting with malice, will always be certain in a British Court to obain full protection against a party who shall bring an action, and this is established by Lord Denman in the case of *Lisford* and *Fitzroy* in 13 Queen's Bench, 240. With these remarks I have to conclude that it is absolutely necessary at this time to legislate upon the conflicting powers between the Court of Queen's Bench and what is improperly called the Superior Court; and in any case so as to prevent a conflicting jurisdiction, I do not believe that judges in England will ever undertake after indictment, and most certainly not after trial, will ever attempt any jurisdiction whatsoever.

MEREDITH, J., said: The offence, with which the prisoner stands charged is, it is admitted, a misdemeanor, and by the indictment found against him he is accused of having conspired with certain other persons "to steal and carry away "one George N. Saunders out of the city of Montreal, and "from out of this Province, where he, the said Saunders, was "then and there living and residing, into a foreign state, to "wit, the United States of America, against the will and con- "sent of him, the said George N. Saunders." Upon this indictment, the prisoner has been twice tried ,without the jury being able to agree; and the first question to be considered by us is this: Under the circumstances already mentioned, ought the prisoner to be admitted to bail? For the present, I shall leave out of sight the order made by the learned judge before whom the prisoner was tried, and I shall consider the question, firstly, with reference to the jurisprudence of the courts in England, before the passing of the English Statute 11th and 12th Victoria, cap. 42. and, at the same time, I shall take occasion to notice the authorities placed before us by the learned Crown prosecutor. I shall then consider the question, 2ndly, with reference to the Statute law of England from which our own statute on the subject has been taken; and 3rdly, with reference to our own statute on the subject. Before, however, adverting to the decisions of the english

courts, I desire to quote a provision of our own law securing to us the benefit of the writ of *habeas corpus*, which makes it our duty to consider with even more than ordinary care the judgments of the english courts on this subject. I advert to the first section of that law, which is as follows : " All persons " committed or detained in any prison with in Lower Canada, " for any criminal or supposed criminal offence, shall *of right* " be entitled to demand and obtain from the Court of Queen's " Bench or from the Superior Court or any one of the judges " of either of the seid courts, the writ of *habeas corpus*, with " all the benefit and relief resulting therefrom, at all such " times, and in as *full, ample, perfect* and *beneficial* a manner, " and to all *intents, uses, ends* and *purposes*, as Her Majesty's " subjects within the realm of England, committed or detained " in any prison within that realm, are there entitled to that " writ, and to the benefit arising therefrom, by the common " and statute laws thereof." The foregoing emphatic declaration of the Legislature makes it our duty to require whether, at the time of the passing of our *Habeas Corpus* Act, a subject of Her Majesty, within the realm of England, if detained in prison there, under circumstances similar to those under which the prisoner is now detained here, would have been entitled to give bail. Sir Matthew Hale, than whom a higher authority cannot be cited, laying down the law upon the subject of bail, says : " *regularly* in all offences, either against the common " law or acts of parliament, that are *below felony*, the offender " is *bailable*, unless, first, he hath had judgment : 2nd, or that " by some particular or special act of parliament bail is oust- " ed." Here it is to be observed that the word " *bailable*," in the foregoing passage, is construed by " Blackstone," vol. 4, page 298, as signifying that the party *ought to be admitted to bail*. (1) And it is in that sense that it is generally used by the writers on this subject. The rule laid by Chief Justice Hale was acted upon by the Court of Queen's Bench in the time of Chief Justice Holt, as will be seen on reference to " 1st Salked, p. 104," where Marrriott's case is reported as follows : " Marriott was committed for forging endorsements upon Exchequer bills, and upon a *habeas corpus* was bailed, because the crime was *only a great misdemeanor* ; for though the *forging* the bills be *felony*, yet forging the endorsements is not. This case, decided in 1698, is of itself sufficient to show that the distinction between felonies and misdemeanors, with respect to the right to be admitted to bail, is not, as has been contended, an invention of modern times : the truth being

(1) Vide observations of Mr Justice Coleridge, 13th Ad. and El., N. S. page 242, vol. 66, E. C. L. R.

that that distinction is to be found in our earliest statutes on the subject. I shall next allude to the case of the *Queen vs. Tracy*, decided in 1705, and to which our attention was particularly drawn by the learned Crown persecutor. It appears that one Ashley caused a person named Muriel to be arrested for assault and battery, and that Tracy, being himself a Justice of the Peace, caused another Justice of the Peace to refuse bail from Muriel, who thereupon was imprisoned, and, at the instance of Tracy, used severely by the jailer. According to the report the Court appears to have held, among other " things, that it is an offence in a Justice of the Peace to re- " fuse bail in case of a *common misdemeanor.*" It may be observed that the report in addition to what is said to have been held "per curiam" gives us the observations made by Chief Justice Holt, and by another of the Judges, and that we do not find, in those observations, any distinction made between common misdemeanors and misdemeanors of any other kind. I notice, however, an observation of Chief Justice Holt, in the same case, which tends to establish, that in former times, the distinction between misdemeanors and felonies was even greater than at present. The observation to which I refer is as follows: " Formerly indeed none could be *taken up for a misdemeanor* till indictment found." The learned Chief Justice adds, however, " but now the practice over all England is otherwise." (1) There is also a passage in the report of the proceedings upon a previous indictment respecting the same offence, which shows that the difference between misdemeanors and felonies with respect to the right to be admitted to bail was then tully understood. It is this: " That Tracy, when Muriel was before a Justice of the Peace, persuaded him to refuse to bail him though the *fault being a misdemeanor, was in its nature bailable.*" The observation upon which the Crown Prosecutor relies, even if made by the Court, does not seem of much importance. Muriel had been indicted for assault and battery, that being a common misdemeanor, and the Court, having that case in view, is reported to have held that " to refuse bail in a case of common misdemeanor, such being the case in which bail had been refused, is an offence in the Justice of the Peace." But it cannot be thence inferred that the Court held that bail may be refused in cases of misdemeanor of an uncommon or enormous character. I propose to allude next to the celebrated case of John Wilkes, decided in 1768, that being 16 years before the passing of our Habeas Corpus Act. Wilkes having been convicted upon two informations for libel, the offences being misdemeanors, appeared per-

(1) 6 Modern Report, page 179 and 180, *Queen vs. Tracy.*

sonally in Court, surrendered himself to the sheriff, and moved to be admitted to bail. But Lord Mansfield said that he knew of no case where a person, "*convicted of a misdemeanor*, had been admitted to bail without the consent of the prosecutor." Mr. Justices Willes said "*after actual conviction* of a misdemeanor the Defendant is not *entitled* to bail." Judge Aston concurred in that opinion, and bail accordingly was refused, the ground being that *after conviction* of a misdemeanor the Defendant is not *entitled* to bail. The next case, in the order of date, to which I propose to refer, is the case of the *King* vs. *Judd*. (1) decided by the Court of King's Bench in England in the year 1788. The prisoner was committed to Hertford jail, by a warrant under the hands and seal of eleven justices of that county, for certain *grave misdemeanors*, and having been brought up from jail to the Court of King's Bench, by *habeas corpus* to be bailed, his counsel submitted that the warrant *contained no charge of felony*, and therefore he was *entitled* to be bailed, or discharged by virtue of the statute 31st Charles II, c. 2. The counsel for the Crown were Erskine, one of the greatest English criminal lawyers, Mingay and Garret, who did not question the doctrine, that the prisoner was entitled to bail if the offence was misdemeanor only, but attempted to show that the commitment contained a *felony*: and Mr. Justice Ashurt, with the concurrence of the other Judge, Mr. Justice Grose, delivered the judgment of the Court as follows: "However improper the Defendant's conduct appears to have "been upon the proceedings, before the Justices, yet unless it "appears upon the face of the commitment itself that the Defen-"dant is charged with *felony*, *we are bound* by the Habeas "Corpus Act to discharge him, taking such bail for his appear-"ance to take his trial as we in our discretion shall think fit, acc-"ording to the circumstances of the case. The question there-"fore is (said the learned president of the Court) whether there "is specified in this commitment, such an offence as amounts to "*felony*." It is of importance to bear in mind that the observations of Mr. Justice Ashurt do not refer to the duties of Justice of the Peace, or to the duties of a Judge in Chambers, but are declaratory of the duties of the Court of Queen's Bench in England; and his words are "unless it appears upon the face of the commitment, that the Defendant is charged *with felony*, *we are bound* to discharge him by the Habeas Corpus Act." This case, although decided mainly with reference to the provisions of the Habeas Corpus Act, is in accordance with the rule laid down by Matthew Hale, more than a century previously, and also with the judgment in Marriott's

(1) 6 Modern Report, page 31, Queen vs. Tracy.

case; and, so far as I know, it has never before been questioned; and having been decided, as it was, just four years ago, after the passing of our Habeas Corpus Act, may well be referred to as showing the extent of the "*benefit and relief*" which Her Majesty's subjects within the realm of England then had under the writ of *Habeas Corpus*; that being, as our own Legislature have expressly declared, the measure of "*benefit and relief*" intended to be afforded to prisoners in Canada by the same writ. I now come to the case of the *King* vs. *Marks* (1), to which also our attention was drawn by the learned Crown prosecutor. In that case, which was decided in 1802, I find Lord Ellenborough observed, "As it appears then from the "depositions that there is a *corpus delicti*, within the meaning of the Act of Parliament, *which constitutes its felony*, "it is our duty to remand the prisoners," and in the same case Leblanc, J., said, "And it is equally clear that though "the warrant be informal, yet if, upon the depositions returned, the Court see that a *felony* has been committed, and "that there is reasonable ground of charge against the prisoner, they will not bail, but remand them." This case, therefore, does not make against the rule contended for by the learned counsel for the prisoner. The next case to be referred to is the case of the *Queen* vs. *Badger et al.*, to which, also, our attention was drawn by the learned counsel for the prisoner. In that case a motion was made for a criminal information against two Justices of the Peace for illegally refusing bail; and Lord Denman, as the organ of the Court, (the other judges present being Patterson and Wightman) speaking of the prisoner, and of his offer to give bail, observed: "Standing charged *with a misdemeanor*, O'Neil claims *the* "*right of every man* so charged to be released from prison, "and so admitted to bail on giving sufficient securities. (2) Turning next to the celebrated case for the abduction of Miss Turner by the Wakefields, it will be recollected that the offence was commenced in England and continued and completed in Scotland. If the offence had been completed in England, it would have been a *capital felony*. But in consequence of its having been stripped of its consummation in England, the indictement had to be for a misdemeanor. That the offence was one of the most enormous misdemeanors of modern times cannot be doubted. Indeed the leading counsel for the Crown, Sergeant Cross, in his opening address, declared: "If this offence had "been committed on English ground, two of these Defendants "would have been tried and condemned to an ignominous death.

(1) East Rep., 3rd vol., page 165.

(2) *Regina* vs. *Badger*, 4 Queen's Bench, Rep., Ad. et El., p. 418.

"and probably executed upon the walls of this very castle 12 "months ago." But as the offence *was a misdemeanor* only, the Defendants were *on bail* until the moment of their conviction. (1) The last case to which I propose to allude is the case of "Linford and Fitzroy." In this case the Defendant, a Justice of the Peace, was sued for refusing to take bail in a case of misdemeanor. Judge Coleridge, in the course of the argument, referred approvingly to the rule laid down by Sir Matthew Hale, to which I have already adverted, and also to the case of the *Queen* vs. *Badger;* and Chief Justice DENMAN observed: "The master of the Crown office mentions that in "*a celebrated abduction case,* in which the Cheshire magis- "trates refused bail, the Court was of opinion they were bound to take bail, *as the offence was a misdemeanor only.*" Lord DENMAN, in giving judgment, (the other Judges present being COLERIDGE and WIGHTMAN, and the present Chief Justice ERLE) after alluding to the practice in former times, observed: "But *for many years* the received opinion and *practice* has been that *all persons accused of misdemeanor, whether common or otherwise, are entitled* to be admitted to bail." The statement of Lord DENMAN, "that for many years "the received opinion and practice has been that all persons "accused of misdemeanor, whether common or otherwise, are "entitled to be admitted to bail," is strongly confirmed by the fact that although we have reason to believe the most diligent search has been made by the learned Crown prosecutor, not a single case of misdemeanor has been cited in which bail was refused before conviction. I bear in mind that in the course of the argument at Montreal, the case of Lord Cochrane was referred to as one in which a prisoner, charged with misdemeanor, had been refused bail before conviction: but on reference to the 3rd Maule and Selwyn, page 10, it will be found that Lord Cochrane was out on bail until after conviction. I also recollect, that at the close of the argument in Quebec, the learned Crown prosecutor drew our attention to the case of one Kelly reported in the Times of the 22 November last, as an instance of bail having been refused in a case of misdemeanor. It is true that in that case the counsel for the prisoner in his address to the jury, said his client had been kept in prison four months, "bail having been most pertinaciously refused." But this statement is explained by what follows in the report; for we find that the same prisoner Kelly, after conviction, "appealed to the clemency of the Court, on the ground that he had been four months in prison *for want of bail.*" I shall now, in connection with the decisions

(1) Burke's Trials, connected with the Upper Classes, page 376.

of the English Courts, advert to the more important of the authorities cited by the learned Crown prosecutor as tending to show that a distinction under the statute of Westminster was made between enormous misdemeanors and common misdemeanors with respect to the right to be admitted to bail. The passage from the 12th chapter of Hawkins, Pleas of the Crown, (1) doubtless a standard authority, supports the distinction contended for by the Crown in the case; and the opinion of Sergeant Hawkins is quoted approvingly in Chitty's Criminal Law (2) and in Burns' Justice. (3) It may, however, be observed that the limitation which Sergeant Hawkins suggests should be put upon the general words of the statute, which are: "that persons guilty of some other trepass for which one "ought not to lose life nor member are replevisable," has not the support of Lord Coke's commentary on the same statute, which, as Matthew Hale says, he has transcribed (4) that the opinion of Sergeant Hawkins is expressed doubtingly as appears by the words "sed quere" added to the most important part of it: that the authorities cited by the learned sergeant were very old, even at the time he wrote; the only reporter referred to by Hawkins being Keilway of the time of Henry Eighth. And that the last case, tending to support the distinction made by Hawkins, is the Queen vs. Tracy, decided in the time of Queen Anne. When, in addition to these considerations, it is borne in mind that Hawkins wrote about fifty years before the passing of our Habeas Corpus Act, it seems to me that upon the question as to what was, at the period last mentioned, the law of England on this subject, the opinion of Sergeant Hawkins, expressed doubtingly as it is, cannot detract very much from the weight of the long series of cases to which I have adverted, as determining, or tacitly admitting that a person charged with a misdemeanor is entitled to be bailed until convicted. It is also to be recollected that the opinion of Sergeant Hawkins is founded exclusively upon the statute of Westminster, which is no longer in force in England, or in this country; and it does seem to me that no one can interpret our own statute according to the rules evidently observed by Sergeant Hawkins. in interpreting the statute of Westminster, without coming to the conclusion that, at least, no Justice of the Peace can refuse bail in a case of

(1) Hawkins' Book, 2 page, ch. 15, sec. 45, 51; vol. 2, pp. 152, 155; Chitty Crim. Law, page 96; Burns, Justice, verbo Bail, vol. 1, page 146, ed. of 1793.

(2) *Vide* foot note, p. 26.

(3) 6 Mod. Rep., 179.

(4) Hale's Pleas of the Crown, vol. 2, page 128.

misdemeanor. As I have already observed, the opinion of Hawkins is referred to approvingly by Chitty; but, at the following page, Chitty says: "Individuals apprehended for "assault and other small misdemeanors, *or any offences below* "*felony*, must be bailed unless they are excluded from it by some special Act of Parliament." (1) Authorities were also cited as showing that the Court of Queen's Bench, in the plenitude of its power, may exercise an almost unlimited power as to the admitting of prisoners to bail. (2) But I understand those authorities as establishing that the court of Queen's Bench may take bail in cases even of the greatest magnitude, but not as declaring that the Court could, consistently with justice, refuse bail in trivial misdemeanors. Much stress was also laid upon the 55th section of the chap. 102, C. S. C., which, after declaring that Justices of the Peace and county Judges may not admit to bail any person accused of treason or murder, except by the order of a higher Court, or one of the justices thereof, then provides that "nothing herein con- "tained shall prevent such Courts or Judges admitting any "person accused of misdemeanor or felony to bail when they "may think it right to do so." The object of this proviso was plainly to leave the discretionary power of the higher Courts and of the Judges untrammelled; but it does not give, and was not intended to give, those Courts or Judges a right to refuse bail in any case in which it ought therefore to have been accepted. I shall next consider the question as to whether the prisoner ought to be bailed, with reference to the statute law of England, from which our own statute has been taken. By the 23rd section of the English Act 11th and 12th Vict., cap, 42, intituled, "an Act to facilitate the performance "of the duties of Justices of the Peace, out of sessions, with "respect to persons charged with indictable offences," it is enacted that when any person shall appear or be brought before a Justice of the Peace charged with any felony or with any attempt to commit any felony, or with obtaining or attempting to obtain property by false pretences, or with *certain misdemeanors* specially enumerated in that section, such Justice of the Peace *may in his discretion* admit such person to bail." The Law, then, after explaining clearly in what manner bail is to be given, continues as follows: "And when any person shall be charged before any Justice of the Peace with any "*indictable misdemeanor*, other than those hereinbefore men- "tioned, such Justice, after taking the examination in writing

(1) Chitty Crim. Law, vol. 1, page 97.

(2) Petersdoff's Abridgment, vol. 3, page 303, verbo Bail, and authorities three collected.

" as aforesaid, *instead of committing him to prison for such* " *offence, shall admit him to bail in manner as aforesaid.*" It is plain that, under the English statute, a Justice of the Peace has a discretionary power of admitting to bail with respect to the misdemeanors specially enumerated in the 23rd section, and that, with respect to *all other misdemeanors*, the Justice of the Peace *is bound* to accept sufficient bail, if offered. No doubt, I believe, has ever been entertained as to this point in England. Mr. Glen, in his note upon the section under consideration, says: " For all other offences (except treason) being indictable misdemeanors, the justices *must accept* " *bail* if sufficient security be tendered " (1). And Mr. Stephens, with reference to the same Act, says: " The justices, however, " have no power to bail for treason, while on the other hand " THEY ARE BOUND to bail in all cases in misdemeanor, except " such as the Act 11th and 12th Vict., c. 42, particularly enumerates." (2) And Mr. Oke, in his magisterial synopsis, speaking of the duty of a Justice of the Peace under the English Act, says: " That in *other misdemeanors* than those specified he (the " Justice) MUST take bail." (3) The misdemeanor of which the prisoner is accused is not one of those enumerated in the English Act, and therefore it seems that in England, under the 11th and 12th Vict., cap. 42, a Justice of the Peace would be bound to accept sufficient bail if offered by any person charged with a misdemeanor, such as that of which the prisoner is *accused, however clear the proof* might against him. I now turn to our Canadian Act, the chap. 102 of the C. S. C. It has been strenuously contended that a Justice of the Peace, acting under our statute, may, in the exercise of his discretion, refuse bail in cases of misdemeanor, and therefore that this court must have the power to do so. This is a point of great and general importance; and it is our duty to prevent, as far as possible, any misapprehension respecting the duties of Justices of the Peace in accepting or refusing bail. I therefore shall briefly advert to those sections of our statute relating to this matter which appear to me of importance. The 52nd section declares that where the evidence against a person charged with felony or suspicion of felony, is, in the opinion of the justice, " sufficient to put such accused party on his trial," but " does not " furnish such a strong presumption of guilt as to warrant " his committal for trial," such justice, jointly with some " other justice of the peace, MAY admit such person to bail."

(1) Glen's Jarvis Acts, page 43.

(2) Stephens' Commentaries, 4 vol., page 417.

(3) Oke's Magisterial Synopsis, page 682.

The word "may," as here used, must be understood as conferring a power, and not as giving a discretion; for it cannot be supposed the Legislature intended it should be in the *discretion* of the justice to refuse bail in those cases in which, to use the words of the law, the evidence adduced is, "*in the* "*opinion*" of the justice, "sufficient to put the accused party on his trial," but *does not* furnish such a strong presumption of guilt as to *warrant his committal for trial.* The Legislature having thus, in section 52, provided that in cases of *felony and of suspicion of felony*, where the evidence does not warrant the committal of the accused for trial, bail "may" be taken by *two justices*, provide for the taking of bail in cases of misdemeanor, by *one* justice, in the next section, which is as follows: section 53, "when the offence committed, "or suspected to have been committed, is a *misdemeanor* any "*one* justice *may* admit to bail in manner aforesaid; and "such justice or justices *may*, at their discretion, require such "bail to justify upon oath, &c., and *in default* of such per-"son procuring sufficient bail, THEN such justice or justices "may commit him to prison." The word "*may*" in the first part of this section must here, as in the preceding section, be understood as conferring a power and not as giving a discretion. The object of the Legislature being to declare that although *one* Justice of the Peace is not allowed to take bail in cases of felony, yet that in cases of misdemeanor *one* justice may do so. It is also important to observe that although on this section the words "*at their discretion*" are used with reference to the power given to the justices to require the bail to justify, no such words are used with reference to the powers given to any one justice to admit a person accused of misdemeanor to bail. The last clause of the section is particularly deserving of attention; it is: "And *in default* of such person procuring sufficient bail, *then* such justice or justices may commit him to prison." Here the default of a person accused "to procure sufficient bail" is in express terms made the condition upon which it shall be in the power of the justices "to commit him to prison." All doubt, however, as to the obligation, under our statute of a Justice of the Peace to accept bail from a person accused of misdemeanor seems to me to be removed by the 57th section which contains the words "or if the offence with which the party is accused be a misdemeanor, then such justices *shall* admit the party to bail as "hereinfore provided." This is the provision of our law which makes it obligatory upon Justices of the Peace to accept bail in cases such as the present; as has been well observed by Mr. Justice BADGLEY, "the section 53 upon which the Crown prosecutor relies "does not regulate the principle

" of admitting to bail, but determines by whom it may be " exercised, namely by one justice." I think I have now made it plain that if, when brought before the Justice of the Peace by whom he was committed the prisoner had offered bail, such justice would have been bound to bail him; and the authorities clearly establish " that if an offence be bailable, and the party at the time of his apprehension be unable to obtain immediate sureties, he may at any time, on producing proper persons as sureties, be liberated from confinement. (1) Sir Matthew Hale expressly says: " That if a man be indicted or " appealed for such an offence wherein bail may be taken, the " indictment or appeal does not hinder his bailment, because " it induceth no sufficient presumption of his guilt, *if he were " bailable before indictment, he is bailable after.*" (2) It may, however, be contended that although our statute makes it imperative upon Justices of the Peace to accept bail in cases of misdemeanor, it does not follow that the higher courts and judges are bound to do so. It will be found that the courts and judges in England, in determining in what cases they ought to allow bail, and in what cases they ought to refuse it, have been guided invariably by the Statute of Westminster, and the other statutes on the same subject, although those statutes do not, in terms, refer to the higher courts; and Coke, Hale, Hawkins, and the other great authorities in criminal law, in determining what offences are bailable, and what offences are not bailable, refer exclusively to the same statutes. Sir Matthew Hale speaks of those statutes, " as the common landmarks touching offences bailable or not." (3) It may be added that it is the duty of the Superior Court to compel Justice of the Peace to accept bail in the cases in which the statute requires them to do so, and to punish them if they act contrary to the statute; and it would be very unreasonable for a Superior Court to punish a Justice of the Peace for refusing to take bail, in a particular case, and yet for the judges of that court to refuse to accept bail in a similar case. It has also been contended that the rule making a distinction between felonies and misdemeanors with respect to the right to be admitted to bail is a most unreasonable one, and ought not to be followed by this court. But we know that the distinction between felonies and misdemeanors runs through the whole body of our law, and that we meet it at every stage of the proceedings in bringing offenders to justice.

(1) Petersdorff, *on Bail*, p. 506, and authorities there cited.

(2) Hale's Pleas of the Crown, vol. 2, page 132, and authorities there cited.

(3) Hale's Pleas of the Crown, vol. 2, page 126.

" If the felon fleeth from justice, and if in the pursuit he " is killed, where he cannot be otherwise overtaken," this will be justifiable homicide. Whereas if a misdemeanant be killed, under the same circumstances, it will be murder or manslaughter. (1) Where a man charged with felony is being tried, whatever may have been his position in life before, he must take his place in the dock (2), whereas the misdemeanant, if on bail, is not obliged to do so. (3) The rules of pleading are not the same in cases of felony that they are in cases of misdemeanor, and the consequences of conviction in the two cases are widely different. It is therefore not surprising that the rules respecting the right to be admitted to bail are not the same in the two classes of offences. But all speculation as to the reasonableness or unreasonableness of the distinction under consideration is useless, as that distinction is, in express terms, continued by our own statute which, as already observed, lays down one rule for cases of felony, and another and different rule for cases of misdemeanor. And here, I must say, that the learned counsel for the Crown, it seems to me, allow their attention to be too exclusively engaged, by the danger that may result from admitting misdemeanants to bail, without sufficiently considering the dangers incident to the system for which they contend, namely: that Justices of the Peace may, in their discretion, refuse bail in cases of misdemeanor, and more particularly upon charges for what have been spoken of as enormous misdemeanors. It is to be recollected that there are indictable misdemeanors of a very trivial character, and, as was well observed by the Chief Justice, it is not easy to say what offences ought to be classed under the head of enormous misdemeanors. Blackstone speaks of riots, batteries and libels (4), as " *gross and notorious misdemeanors.*" And among the instances of " enormous misdemeanors " given by Archbold (5) are " libels upon the Queen's ministers, the Judges and other high " officers reflecting upon their conduct in the exercise of their official duties." In England the law provides that justices *must* take bail in the offences last mentioned, and the cases cited establish that the Judges would feel themselves bound to accept bail in the same cases; whereas, according to the doctrine contended for by the learned

(1) Foster's Crown Law, p. 271.

(2) Captain Douglass' case—tried as one of the seconds on the occasion of the duel between Lord Cardigan and Captain Tuckett—1st Car. and Mar., p. 195.

(3) Burke's Trials, Wakefield case already cited.

(4) 4 Blackstone, p. 308.

(5) Archbold's Criminal Pleadings, p. 96.

counsel for the Crown, a Justice of the Peace in Canada, in his discretion, could refuse bail in a case of libel, and a judge in his discretion, could also in a like case refuse to accept bail before conviction. To me it seems that the dangers incident to a system which would give Justices of the Peace and Judges a discretionary power to refuse bail, before conviction in all cases of misdemeanor, would, to say the [illegible] be quite as great as the dangers incident to the system [illegible]ch obtains in England. And I think it will hardly be contended that Justices of the Peace and Judges in Canada should have more extensive discretionary powers than are vested in Justices of the Peace and Judges in England. One of the advantages, then, which results from the division of offences into felonies and misdemeanors is, that it enables the Legislature to lay down a certain rule with respect to the taking of bail in a large class of cases. Doubtless some offences have been classed under the head of misdemeanors which, in consequence of changes in our social system, and other causes, ought to be found under the head of felonies; but it is more fitting that the classification of offences should be modified by the Legislature than that the fundamental distinction upon which it rests should be ignored by the Courts. It no[illegible] remains only for me to explain my views respecting the [illegible] under which the prisoner is detained in custody, and of w[illegible]he complains. With reference to this part of the case my attention has been drawn to the authorities cited, and to the doctrine laid down by the Chief Justice and myself in the case *ex parte* Donaghue. (1) I wish it therefore to be understood that I propose to adhere strictly to the principles laid down in that case. The rule that co-ordinate tribunals cannot interfere with each other, nor Inferior with Superior Courts, is I think well established both in England (2) and in the United States. And, as has been well said by an eminent American Judge, " without " this rule the *habeas corpus* law would set aside all order by " allowing the lowest of all subordinate Judges to annul, on " constitutional grounds, the judgments of every Court in the " State." (3) So impressed am I with the respect due to judicial proceedings, that, although in the discharge of our duties as a Court of Error, we exercise higher powers than when we sit in this Court on the Crown side, I, nevertheless, am not by any means prepared to say that we could, upon a writ of

(1) Ex parte Donaghue, 7 R. J. R. Q., p. 237 and *suprà*, p. 398.

(2) See on this subject Dime's Cases, 68 E. C. L. R., p. 566, and cases there cited ; also 19 E. C. L. R., p. 454, and cases there cited.

(3) Opinion of Mr. Justice LAURIE, Passmore Williamson's Case, Philadelphia, 1856.

habeas corpus, annul or set aside any order made on the Crown side of this Court. But in the present case, it is needless to discuss that question; because this Court can grant the relief prayed for without putting itself in conflict with the order impugned, which as I read it, in effect provides for the bailing of the prisoner by this Court, the concluding words of the order being, the prisoner " not to be discharged without " further orders from this Court." It has, I know, been said that under this order this Court on the Crown side held by a single Judge, could admit the prisoner to bail; but that the same Court, sitting as a Court of Error in criminal, as well as in civil cases, and held by at least four Judges, has not the power to admit him to bail. But I cannot see anything in law, in reason, or in the order itself, to justify this distinction. This Court, sitting as it now does, has, under an express provision of law, power to issue the writ of *habeas corpus*, and even if there were no such express provision of law, this Court could, I am clearly of opinion, issue that writ. The order in question, therefore, as regards the taking of bail, contemplates the doing of an act which may be done as well on one side of the Court as on the other and there is no reason for saying, or law which requires us to say, that it ought to be done on one side of the Court rather than on the other. Having now, as I think, shown that there is nothing in the order of Mr. Justice Mondelet to prevent this Court from admitting the prisoner to bail, I deem it my duty to add that even if the learned Judge could, consistently with law and justice, have refused to allow the prisoner to stand out on bail, still, I think, that the order remarding him ought not to have been so framed as to prevent not only the learned Judge by whom it was rendered, but all the other Judges, from admitting the prisoner to bail *at any time in vacation* In the course of the few observations remaining to be made by me, I shall view the order in question in the light in which it appears to have been regarded by Mr. Justice Monk, that is, as having (whether legal or illegal) the effect of a valid order until set aside by competent authority and when we hear that Mr. Justice Aylwin and Mr. Justice Mondelet hold it to be strictly legal, and that the sheriff has been ordered, in the most absolute terms, to hold the prisoner under it, we cannot, in *relation to the application of the prisoner to be bailed*, view the order in any other light. My objections, then, to the order complained of (in so far as it tends to restrain the action of all the Judges out of term) are founded on the consideration, that the situation of a prisoner, with respect to his right to be admitted to bail, before conviction, may change from day to day. A prisoner may, at one time, be unable to

explain or weaken the evidence against him, so as to justify his being admitted to bail, and yet he may be able to do so at a subsequent period—for instance: by the conviction for perjury of the witnesses against him, as has recently occurred in two well-known cases in England. (1) Or during his imprisonment the state of prisoner's health may be such as to make it the duty of the Court to bail him. Thus, on Saturday last, upon an application for a writ of *habeas corpus* by a person charged with a felony, formerly capital, the affidavit of the two physicians of the jail were placed before this Court, establishing that, unless the prisoner were released from jail, it was improbable he could live until the time fixed for his trial. The judges unanimously ordered the prisoner to be let out on bail, and on Monday last we fixed the amount of bail to be taken. Our law affords speedy relief, at all times, for cases such as those to which I have just adverted, by allowing a judge, in vacation, to bail a prisoner, when a sufficient case is made out, whatever may be the nature of the charge against him. But for the prisoner before us (assuming the order not to be void, as I do, for the purposes of the present discussion,) those provisions of law can be of no avail. If, to-morrow, he could make his innocence clear beyond the possibility of a doubt, it would be in vain for him to do so. No Judge could give him the benefit of the writ of *habeas corpus*, so as to bail him. Or, if, at any time between this and the first of March next, the prisoner should be in the situation of the unfortunate man whom we ordered to be bailed on Monday last, it would be useless for the prisoner to place before a judge affidavits such as those upon which we so recently acted. I therefore deem the order objectionable, because for a period of nearly six months it placed the prisoner, charged with a misdemeanor, but *not* convicted, in the same situation, with respect to bail, as if he had been convicted. In this respect I cannot avoid thinking the order unjust, and, so far as I know, it cannot be supported by even a single precedent. It was said by the learned counsel for the Crown that in the cases of *Reg.* vs. *McAttavy* (2) and

(1) On the 28th of February, 1861, Mr. Bewicke of Threepwood Hall, in the county of Northumberland, was convicted of shooting at two sheriffs' officers, in the execution of their duty, and was sentenced to penal servitude for four years. But *on the same day* of the following year, the three witnesses upon whose evidence he had been convicted were convicted of perjury; and Mr. Bewicke, as the victim of a foul conspiracy, was pardoned. A Mr. Hatch, in the same way, a short time previously, obtained his pardon, in consequence of the chief witness against him having been convicted of perjury.

(2) 4 Cox, c. c., 444, *Reg.* vs. *McAttavy.*

Reg. vs. *McGinnis* (1), orders, similar to the one complained of, were made, and that the Court of Queen's Bench in Ireland refused to interfere. Those cases are certainly of importance as establishing that where a Judge at assize, who has had the facts before him, orders a person under indictment to be detained in jail until the following term, it is contrary to the practice of the Court for even the Court to bail him. This rule seems to me most reasonable; but it must be confined to those cases in which it is in the discretion of the Judge to refuse bail; and if the offence with which the prisoner now before us is charged were a felony, and therefore within the rule, I would be slow to substitute my discretion for that of my brother Mondelet. I know that the prisoner has been twice tried without being convicted; and that is doubtless an element to be considered in determining whether a party accused ought to be bailed; but it is mainly by the depositions and by the evidence adduced at the trial that the Judge is to be guided in deciding that question. The law, it is true, has said that the question of the guilt or innocence of the prisoner is to be determined by the unanimous verdict of a jury; but the law has also said that, in cases in which bail is discretionary, it is for the Judge to determine whether the prisoner ought or ought not to be let stand out on bail; and, according to my view, a Judge has no more right to substitute the conduct of a jury upon one or more trials for his own opinion, upon the question as to whether the prisoner ought to be bailed, than he has to attempt to substitute his own opinion for that of the jury, upon the main question of the guilt or innocence of the prisoner. Returning, however, to the two cases cited from Cox's Reports, I may observe that, even in those cases, although the prisoners were indicted for capital felonies, the order did not say the prisoners were to be held "without bail or mainprise." The addition of the words "without bail or mainprise" to an ordinary commitment, it may be said, is of no importance, because, "if the offence be bailable, he that hath the power of bailing may bail," (2) notwithstanding those words. But the rule may be different where the words "without bail or mainprise" form part of an order of Court. In that case, as Justices of the Peace cannot bail, after indictment found in a Superior Court, (3) the order must relate exclusively to the Judges of the higher Courts: and, after giving to this case all the attention in my

(1) 5 Cox, c. c., 511, *Reg.* vs. *McGinnis*.

(2) 2 Hale, P. C., 135.

(3) 2 Hale, P. C., 133.

power, I must say I am unable to discover any reason which ought to induce a Judge to tie his own hands and the hands of all his brother Judges, with respect to the exercise of a discretionary power, vested in them by law for the protection of the liberty of the subject. I do not, however, deem it necessary t, dwell longer upon the two cases just adverted to, because in each of those cases, as already observed, the prisoner was indicted for a *capital felony*; and the observations made by the Judges in a case of capital felony after indictment found, where the general and almost invariable rule is not to admit the prisoner to bail without the consent of the Crown, cannot have much application in a case of misdemeanor where, certainly, the general rule is directly the other way. Our attention was also drawn to the case of the Queen vs. Harris, as bearing upon the point now being considered. That case is also of importance as showing how much consideration is due to the opinion of the Judge, who takes the trial, upon the question as to whether the accused ought to be bailed; Judge, now Chief Justice, Erle said in that case: "Under no circumstances should I bail a prisoner "in a case such as the present without communicating with "the learned Judge before whom he was tried;" and I think the reasonableness of the observation so made cannot even be questioned. But in the *Queen* vs. *Harris* the prisoner had not only been tried, but *regularly convicted*; and although we have been, in effect, asked to disregard the distinction between felonies and misdemeanors with respect to the right of the accused to be admitted to bail, it is not, I am sure, expected that we can overlook the difference between the position of a person who *has been convicted*, and that of one who has been twice tried *without being convicted*. I shall conclude by recapitulating the points which I think have been established in the course of the foregoing observations. They are as follows: 1° That according to the well established jurisprudence of the Courts in England, before the passing of the 11th and 12th Vict., cap. 42, prisoners charged with misdemeanors were entitled to be bailed. The words of Lord Denman, in the last reported case decided under the old law being: "for many "years the received opinion and practice has been that *all* per- "sons accused of *misdemeanor*, whether *common or otherwise*, "are *entitled* to be bailed." 2° That under the English Statutes 11th and 12th Vict., cap. 42, a Justice of the Peace could not refuse bail in a case such as the present. 3o That by our Statute the chap. 102, C. S. C., Justices of the Peace are bound to take bail in all cases of misdemeanor. 4° That this Court could not consistently with reason refuse to take bail in any case in which, under the statute, a Justice of the Peace is

bound to take bail, the statutory directions to Justices of the Peace having always been regarded by the Courts as "the common landmarks" by which they ought to be guided in deciding applications to be admitted to bail. 5° That there is nothing in the order of Mr. Justice Mondelet to prevent this Court from admitting the prisoner to bail. 6° That that order is objectionable as tending to restrain the learned Judge by whom it was made and all his brother Judges from the exercise, during vacation, of a power vested in them by law for the protection of the liberty of the subject. Considering these points established, and bearing in mind, firstly, that no intance in modern times has been found of any Court in England having refused to accept bail in a case of misdemeanor, and secondly that the prisoner has been tried twice without being found guilty; the conviction has forced itself upon my mind that we cannot, consistently with those rules by which we are usually guided in the administration of justice, refuse to admit the prisoner to bail. It is with regret that I have found the Court divided as it is in this case; but this difference of opinion has been for me an additional reason to examine and weigh with the utmost care the authorities and arguments submitted, and may also in some degree account for the extreme lenght of these observations. I shall add merely that in explaining my views in this case I have spoken without any reserve of the objections to which, in my opinion, the order of my brother Mondelet is subject. Under any circumstances I know that he would wish me to do so; and I have the less hesitation in pursuing that course in the present instance, because, whatever doubts may exist as to the other points of the case, there can be none, in the mind of any reasonable person, as to the motives of my learned brother in making the order impugned. He had seen, in this case, two grave miscarriages of justice, and his object evidently was to prevent the case of ending in a total failure of justice. Moreover, although I express, and act upon my own opinion (as I am bound to do whatever may be my respect for the views of others) I do not fail to bear in mind that although the order complained of is opposed to the opinion of the majority of the Court, it, nevertheless, is fully approved of by my brother Aylwin, than whom there is no one more competent to judge of the matter. Application for bail granted. (10 *J.*, 46, et 1 *L. C. L. J.*, p. 88.)

B. Devlin, for Petitioner.

T. K. Ramsay, contra.

RESPONSIBILITY OF MUNICIPAL CORPORATION

SUPERIOR COURT, IN REVIEW, Montreal, 30 novembre 1865.

Present: BADGLEY, J., BERTHELOT, J., and MONK, A. J.

LECOURS *vs.* THE CORPORATION OF THE PARISH OF SAINT-LAURENT.

Held: That a corporation is liable for damages, for neglect in performing certain works ordered by *procès-verbal*, and is also bound to pay the costs of protests against the Corporation requesting it to do the works.

BADGLEY, J.: This was an action of damages against the corporation, for not having carried out a certain *procès-verbal*, and put up certain fences. For the purpose of enforcing his claim, the Plaintiff served several protests, the costs of which amounted to $14. He, Mr. Justice BADGLEY, had rendered the judgment now sent up for revision, and he had given the Plaintiff judgment for the $14, because the corporation was bound to put up the fences, and the protests were necessary to put them *en demeure* to do so. But he had not allowed damages, because the Plaintiff had not kept his own fences in order, and the cattle who had done the damage would appear to have entered at these side fences. On reflection, his honour believed he ought to have awarded Plaintiff nominal damages for the growing grain destroyed, because the Plaintiff's negligence in respect to his own fences did not relieve the Defendants from the performance of their duty. The Defendants had not done their duty, and the judgment would be reformed, and $20 dollars damages for each year for two years awarded to Plaintiff, in addition to the $14, with costs, as of lowest class Superior Court. (10 *J.*, p. 82, et 1 *L. C. L. J.*, p. 106.)

LESAGE and JETTÉ, for Plaintiff.
BÉLANGER and DESNOYERS, for Defendants.

REUNION DE CAUSES.

COUR SUPÉRIEURE, District d'Arthabaska, 13 février 1866.

Coram POLETTE, J.

HÉBERT *vs.* QUESNEL.

Jugé: Que deux causes peuvent être réunies ensemble, sur demande de l'une des parties, par ordre de la cour, quand il y a connexité entre elles. (1)

(1) V. art. 15 C. P. C.

Par une action, No. 407, à la cour supérieure, district d'Arthabaska, M. le shérif Quesnel intenta une poursuite *ex injuria*, contre N. Hébert, par laquelle il réclamait £5,000 de dommages pour un libelle diffamatoire publié dans *Le Défricheur*, le 3 décembre 1863. Le Défendeur plaida compensation d'injures, par l'article que le Demandeur avait publié dans *Le Défricheur*, le 10 décembre. Le 13 janvier 1864, M. le juge STUART rejetta cette défense en compensation *comme étant mal fondée en droit*, alléguant pour raison que le Défendeur n'aurait pas dû plaider la compensation, mais faire une demande incidente. Le Défendeur, trouvant sa position difficile et inextricable par cette décision de la cour, intenta la présente action contre M. le shérif Quesnel pour £5,000 de dommages *ex injuriâ* ; l'action étant rapportée en cour, le Demandeur Hébert fit motion : " Que la présente cause soit réunie, ne fasse qu'une seule procédure, un seul dossier avec la cause actuellement pendante devant cette honorable cour, sous le numéro 407, dans laquelle le présent Demandeur est le Défendeur, ladite cause étant pour injures, et par laquelle ledit Auguste Quesnel réclame cinq milles livres courant de dommages, et la présente action étant pour pareille somme que le Demandeur en cette cause réclame comme dommages pour injures du Défendeur ; lesdites deux causes ayant la même cause et étant des demandes pour injures, *que les parties ne peuvent que compenser par une demande contre l'autre*, la réunion de ces deux causes facilitera les fins de la justice, évitera les frais et complications des procédures, et sans la réunion des deux causes, les fins de la justice ne peuvent être atteintes." La cour, avant de prononcer son jugement, fit les observations suivantes : La cour a à décider sur une motion du Demandeur tendant à faire unir cette cause à une autre d'une même nature, entre les mêmes parties, et pendante devant cette cour, dans laquelle le présent Demandeur est Défendeur et le présent Défendeur est Demandeur. Le Demandeur actuel a plaidé compensation d'injures, à l'action de Quesnel. Il fait donc valoir doublement le libelle de celui-ci, en lui faisant servir de cause de son action contre Quesnel, et de moyen de défense, de compensation, à l'action dirigée contre lui-même ; et s'il réussissait dans sa demande et dans sa défense, il retirerait deux fois la valeur que ce libelle pourrait lui procurer, en obtenant les dommages qui devraient compenser les injures publiées contre lui et en s'exemptant de payer pour celles qu'il aurait publiées contre Quesnel. Il y a donc connexité entre ces deux causes, elles sont tellement liées que le jugement de l'une peut, doit même, influer sur le jugement de l'autre. " Connexité, c'est le rapport et la liaison qui se trou-" vent entre plusieurs affaires qui demandent à être decidées

par un seul et même jugement." 4 Répertoire de Guyot, p. 480, vo. *connexité*. " Jonction se dit de l'union d'une de- " mande à une autre, pour y être fait droit conjointement : ce " qui arrive quand un procès est joint à un autre." 1 Ferrier, Introduction à la pratique, p. 91, vo. *Jonction*. " Connexité, c'est la liaison qui existe entre deux affaires dont le jugement de l'une doit influer sur le jugement de l'autre." 3 Rolland de Villargues, Dictionnaire du Droit Civil, p. 100, vo. *connexité*. " Il y a connexité entre deux affaires, lorsqu'elles sont telle- " ment liées, que le jugement de l'une doit influer sur le juge- " ment de l'autre. Si la contestation est connexe à une cause " déjà pendante au même tribunal, c'est le cas de demander la " jonction des deux affaires ; et si elle est portée à une section " différente, de demander le renvoi à la section saisi de la pre- " mière." 2 Favard de Langlade, Répertoire, pp. 458, 460, vo *Exception*, § 2, No. 9. " Il y a connexité si les points à juger " ressortent des mêmes faits, s'ils reposent sur l'interprétation " des mêmes actes, s'ils dépendent des mêmes moyens, si la " décision rendue sur les uns est de nature à influencer la dé- " cision des autres." 2 Delzers, *Procédure Civile*, p. 133. " Il " y a connexité, lorsque, par son objet, une cause a tellement " de rapport avec une autre cause, soumise à un tribunal diffé- " rent, que le jugement de l'une influerait sur celui de l'autre, " et que la même instruction peut dès lors suffire aux deux." 1 Auger, *Procédure Civile*, p. 81, art. 1, No. 2 ; 1 Berriat-Saint-Prix, *Procédure Civile*, p. 253. " Il y a connexité toutes " les fois que la demande qu'on forme est tellement liée avec " celle déjà intentée devant un autre tribunal, que le juge- " ment de l'une doit influer sur le jugement de l'autre, ce " qui a lieu en trois cas : le premier, lorsque la demande for- " mée devant un tribunal influe sur la demande précédem- " ment intentée dans un autre, de manière que la première " doive être décidée comme conséquence de la seconde ; le " second, lorsque, *vice versa*, c'est la seconde demande qui " doit être décidée comme conséquence de la première ; le " troisième, lorsque l'objet de la seconde demande est acces- " soire de l'objet de la première." 1 Nouveau Pigeau, p. 205. " Quand deux demandes, sans être précisément formées pour " le même objet, dérivent *du même fait* ou du même acte, " qu'elles doivent se décider par les mêmes motifs et en quel- " que sorte l'une par l'autre, (comme çà peut être le cas ici) " il y a connexité. Il n'est pas juste qu'une personne soit obli- " gée à plaider pour le même objet dans deux tribunaux à la " fois, ou exposée à l'inconvénient de deux jugements contrai- " res, dont l'un mettrait obstacle à l'exécution de l'autre. En " conséquence cet article autorise la demande en renvoi, quand " la même contestation existe devant un autre tribunal, ou

“ que deux demandes connexes se trouvent formées en même “ temps dans des tribunaux différents. Quand ces demandes “ existent simultanément dans le même tribunal, il faut les “ joindre, à moins que quelques circonstances graves ne s'y “ opposent ; c'est le moyen de diminuer les frais et de prévenir “ l'inconvénient de plusieurs jugements contraires.” 1 Thomine Desmazures, Code de procédure, p. 223, des Exceptions. L'auteur écrit sur l'art. 171 du code de procédure, mais cet article ressort de l'Ordonnance de 1667, tit. 6, art. 3, qui reconnaît les renvois pour causes de connexité. “ Dans le cas où une de-“ mande connexe à une autre demande formée antérieurement “ est portée au même tribunal que celle-ci, que peuvent de-“ mander les parties ? Elles peuvent demander la jonction des “ deux causes, ou, si chacune se trouve soumise à une section “ différente, demander le renvoi de la cause la plus récente à “ la section saisie de la première affaire.” 2 Carré et Chauveau, Lois de la procédure, p. 193, Question 731 ; Les mêmes, p. 194, même question. “ D'autres, au contraire, regardent une “ telle exception comme mixte, attendu qu'elle intéresse tout “ à la fois celui qui la propose et, sous quelque rapport, le bon “ ordre de la justice, et en concluent qu'elle peut être propo-“ sée, même après les défenses, et que le juge doit y avoir “ égard, soit enfin d'éviter la pluralité et la contrariété des “ jugements, soit enfin de rendre la procédure plus régulière. “ Un acquiescement présumé, disent-ils, ne peut nuire à ce qui “ a été réglé pour l'administration de la justice. Nous sommes “ porté à adopter cette opinion. La connexité est le rapport et la “ liaison existant entre plusieurs affaires qui demandent à être “ décidées par un seul et même jugement. La loi ne détermine “ pas d'une manière précise ce qui constitue la connexité ; “ cette appréciation est dans le domaine du juge. D'après ces “ principes, on doit réputer connexes : Les demandes que deux “ parties ont formées respectivement l'une contre l'autre de-“ vant deux tribunaux, en suppression d'écrits différents.” 3 Bioche, Dictionnaire de Procédure, pp. 665, 666, Nos. 85, 86, 87, vo. Exception. La dernière citation fournit un cas d'une grande analogie avec celui qui nous occupe, et la petite différence qui se rencontre entre les deux espèces, n'empêche pas que le même principe doive gouverner les deux ; car si, dans l'espèce rapportée, l'on demande la suppression d'écrits, dans celui-ci, l'on conclut à des dommages résultant d'écrits ; ce qui ne fait aucune difference quant au pouvoir d'ordonner la jonction. Ce pouvoir de joindre deux affaires pour les instruire ainsi que pour les décider par un même jugement, existait dans l'ancien droit français comme dans le nouveau ; les citations ci-dessus en font foi : et c'est aussi notre droit ; et comme il existe de fortes raisons de joindre les deux causes dont il s'agit,

la cour n'hésite pas à accueillir la motion, et à ordonner la jonction demandée.

Le jugement est motivé comme suit : " La cour, considérant : 1o que, dans la cause d'Auguste Quesnel contre Noël Hébert, le Demandeur poursuit en réparation d'injures contenues dans un prétendu libelle diffamatoire que le Défendeur avait fait publier dans *Le Défricheur*, le 3 décembre 1863, et demande £5000 de dommages ; 2o que le Demandeur, dans la présente cause, poursuit à son tour en réparation d'injures contenues dans un prétendu libelle diffamatoire, que le Défendeur en cette cause aurait fait publier dans le numéro suivant du même papier-nouvelles, celui du 10 décembre 1863, et demande également £5000 courant de dommages, et que ce dernier libelle est en réponse au premier ; 3o que dans la cause dudit Auguste Quesnel contre Noël Hébert, le Défendeur, fondant sa défense sur le libelle du Demandeur contre lui, plaide compensation d'injures et fait double emploi de ce libelle, en s'en servant pour poursuivre son action ainsi que pour se défendre de l'action intentée contre lui, ce qui lie encore ces deux causes plus intimement ; qu'ainsi il y a connexité entre les causes ; que le jugement de l'une doit influer sur le jugement de l'autre ; que, par conséquent, il est juste et équitable de prononcer la jonction des deux et que cette jonction est autorisée par la loi ; ordonne que la présente cause qui est la plus récente sera unie et jointe à celle pendante devant cette cour sous le No. 407, dans laquelle Auguste Quesnel est Demandeur contre Noël Hébert, pour être, ces deux causes, instruites ensemble et jugées par un seul et même jugement, sauf cependant à désunir et disjoindre, si le cas y échet. (10 *J.*, p. 83.)

E. L. PACAUD, proc. de Noël Hébert.

M. DUVAL, proc. d'Auguste Quesnel.

ACTION POSSESSOIRE.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE.

Montreal, 19th September, 1866.

Present : DUVAL, Ch.-J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., and MONDELET, J., *dissentient.*

MORIN, Plaintiff in the Court below, Appellant, *and* PALSGRAVE, Defendant in the Court below, Respondent.

Held : That, in order to maintain an action *en complainte*, Plaintiff must have had exclusive and uninterrupted possession of the property during the year and day previous to the institution of the action.

Plaintiff brought a possessory action, setting out that for more than a year and a day, namely, for more than thirty years before the beginning of the current year, he had possessed peacably and without interruption a certain property in Saint-Ours; that within a year and a day he had been troubled in his possession by Defendant, who had entered on the land and carried off wood. Plaintiff accordingly prayed that he be maintained in his possession, and that Defendant be ordered to desist from his encroachments, and be condemned to pay £60 damages. Defendant, among other grounds of defence, pleaded that he had been in possession of the land and was the lawful proprietor. On the 19th of April, 1865, the Superior Court for the district of Richelieu, LORANGER, J., maintained Plaintiff's action, holding that Defendant had committed *saisine et nouvelleté*, and that he had failed to prove the contrary possession invoked by him. Defendant having inscribed this judgment for review, it was reversed by the Court of Review, BADGLEY, BERTHELOT and MONK, Justices, on the 31st of October 1865.

BADGLEY, J., in rendering the judgment of the Court of Review, said: It was an action *en complainte*, and the legal ground of that action is the actual possession of Plaintiff for a year and a day before the institution of his action. In this case Plaintiff claimed to be in possession of a certain property, but his possession had been interfered with by Defendant, the action not being brought within a year and a day of the *trouble*. The testimony was clear that both the parties had been in possession of the property at different times up to and before the institution of the action. Now the possession should be in Plaintiff alone, and not divided with any one else, otherwise the action *en complainte* could not hold. The parties in this instance had agreed that they would not go upon the land till the case was settled. Under these circumstances the judgment of the Court of the district of Richelieu in favour of Plaintiff must be reversed.

From this judgment Plaintiff instituted the present appeal.

PER CURIAM (DUVAL, C.-J., MEREDITH, J., and DRUMMOND, J.): The judgment of the Court of Review was correct and is confirmed. MONDELET, J., *dissented*. (1 *L. C. L. J.*, p. 95, et 2 *L. C. L. J.*, p. 111.)

A. GERMAIN, for Appellant.

LAFRENAYE and BRUNEAU, for Respondent.

ACTION POSSESSOIRE.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL,
Montréal, 5 Mars 1867.

Coram AYLWIN, DRUMMOND, BADGLEY et MONDELET, Juges.

PROSPÈRE LAPRADE, Appelant, *et* NOEL GAUTHIER, Intimé.

Jugé : 1o. Que l'action possessoire compète au possesseur d'un héritage non enclos et non délimité par des bornes légales, ou naturelles, lorsque l'étendue de cet héritage est determinée par des marques quelconques capables de faire reconnaitre l'endroit jusqu'où la possession s'est exercée.

2o. Que le possesseur troublé n'est pas, dans ce cas, obligé de recourir à l'action en bornage, mais peut intenter de suite l'action possessoire pour se prémunir contre le trouble apporté à sa possession par l'agresseur voisin.

Cet action en complainte a été portée par l'Appelant devant la Cour Supérieure du District de Richelieu. Dans sa déclaration il alléguait: 1o. Que, plus d'un an et un jour avant les voies de fait dont il se plaignait, il avait été en possession publique, paisible et à *titre de propriétaire* de l'immeuble dont suit la description, savoir:.... 2o. Que, vers le 23 et le 24 Mars 1864, le Défendeur (l'Intimé) avait empiété sur la profondeur de l'immeuble ci-dessus décrit en dedans desdits 22 arpents, savoir, à une distance d'environ un arpent et demi de la ligne formant la profondeur desdits 22 arpents, y avait commis des déprédations considérables et y avait causé des dommages d'au moins $300. L'Appelant concluait à être maintenu et gardé en la possession dudit immeuble, dans les limites mentionnées; à ce qu'il fût fait défense audit Appelant de l'y troubler davantage, et à ce que ce dernier fût condamné à payer des dommag s de $300. L'Intimé a répondu à cette action: 1o. Que les propriétés des parties n'étaient pas délimitées par des bornes visibles, et que, vu l'absence de bornes visibles et légales, il était impossible de constater les limites exactes de la profondeur des terres aboutantes des parties. 2o. Que le Défendeur avait toujours été et était encore prêt à borner pour constater les limites respectives des terres des parties, et que le Défendeur avait notifié le Demandeur par protêt de choisir son arpenteur pour borner. 3o. Que ce n'était que par une action en bornage que les droits respectifs des parties pouvaient être déterminés et que, sous les circonstances, l'action possessoire ne compétait pas au Demandeur. Lors de cette action possessoire et des voies de fait en question, il existait une action en bornage entre l'Appelant et Noël Millette, pour le partage d'un *vuide* qu'il y avait entre leurs propriétés aboutantes, et qui partait de l'endroit où aboutissaient les vingt-deux arpents de profondeur de l'Appelant.

C'était depuis cette action de bornage que Gauthier (l'Intimé) avait acquis, sans la connaissance de l'Appelant, une partie de la terre de Noël Millette et se trouvait ainsi l'aboutant de l'Appelant pour environ deux arpents de large. A l'enquête, il a été prouvé que la profondeur des terres des parties, savoir : celle de l'Appelant et celle aboutante qui appartenait à l'Intimé et à Noël Millette, était en bois debout ; qu'il n'y avait aucune clôture ou autre borne les séparant ; mais l'Appelant a prouvé par ses témoins qu'il avait toujours été en possession de vingt-deux arpents de profondeur, sans contestation de la part de qui que ce soit ; que la ligne déterminant ces vingt-deux arpents avait été tirée autrefois par un arpenteur du nom de Weiss et qu'elle était reconnaissable encore par des arbres plaqués et autres marques de cette espèce ; que, depuis longtemps, il existait des difficultés à propos du morceau de terre appelé *vuide*, se trouvant au bout des vingt deux arpents entre la terre de l'Appelant et celle aboutante de Noël Millette, mais que, pour les vingt-deux arpents déterminés par la ligne de Weiss, le Demandeur (l'Appelant) en avait toujours été réputé propriétaire sans contestation ; que les empiétations de l'Intimé avaient eu lieu jusqu'à environ un arpent et demi de distance de l'endroit qui était reconnu pour être la ligne de Weiss. Le jugement de la Cour Supérieure de Richelieu, (LORANGER, J.) a maintenu les prétentions légales de la défense, et a débouté l'Appelant de son action dans les termes suivants : " La Cour, considérant que le Demandeur n'a point prouvé qu'à l'époque dont il se plaint, il avait été, par an et jour, en possession civile du terrain sur lequel il prétend que dans le mois de Mars 1864, le Défendeur a coupé du bois et commis des déprédations. Considérant qu'il appert par la preuve que le terrain décrit au libellé de la demande, lequel est couvert d'arbres et de broussailles à l'endroit où les prétendue voies de fait ont été commises, n'a jamais été séparé du terrain qui l'avoisine en profondeur par des bornes légales ou naturelles délimitant une étendue de terrain sur lequel le Demandeur puisse être réputé avoir eu une possession certaine, a débouté et déboute le Demandeur de son action, sauf par lui à se pourvoir en bornage ou au pétitoire, comme il avisera." Le Demandeur a porté appel à Montréal de ce Jugement, et, lors de l'audition de la cause devant la Cour d'Appel, la discussion s'est faite surtout sur le principe légal soutenu par la défense et consacré le Jugement ci-dessus cité, à savoir : Que, pour pouvoir intenter l'action possessoire, il faut que l'immeuble sur lequel les voies de fait sont alléguées avoir été commises, soit enclos par des clôtures, par des bornes naturelles bien visibles, ou soit délimité par des bornes légales ; que, sans cela, la possession doit être considérée comme incertaine et ne peut donner

lieu à l'action possessoire ; que si les empiétations dont une partie se plaint ont été commises par un voisin, le seul recours de cette partie troublée, lorsqu'il n'y a pas de clôtures, de bornes naturelles bien visibles, ou de bornes légales est l'action de bornage. A l'appui de cette prétention l'Intimé a cité un jugement rendu dans la cause de Lalonde vs. Daoust (1) et la cause de Morin et Palsgrave, jugée par la Cour d'appel (2). La Cour d'Appel a infirmé le Jugement de la Cour Supérieure de Richelieu dans les termes suivants : " La Cour, considérant que l'Appelant Demandeur en Cour de première Instance, a suffisamment fait preuve de sa possession de l'héritage décrit en sa déclaration, durant au-delà d'un an et un jour avant l'institution de la présente action : Considérant que l'Intimé, Défendeur en Cour de première Instance, a entièrement failli de prouver une possession dudit héritage à l'encontre de celle du Demandeur : Considérant que le Défendeur a, sans droit, illégalement et par voies de faits, coupé et enlevé de dessus ledit héritage, cent onze arbres et qu'il a, par ce, causé audit Demandeur un dommage de vingt livres, cours actuel : Considérant que, dans le jugement dont est appel, rendu par la Cour Supérieure du District de Richelieu le quatorzième jour de Mars 1866, il y a erreur, cette Cour casse, annule et met au néant ledit jugement, et procédant à rendre le jugement que la Cour de première Instance aurait dû rendre, déboute le plaidoyer ou défense du Défendeur et le condamne à payer au Demandeur vingt livres courant de dommages, et les dépens tant en la Cour de première Instance qu'en cette Cour." (1 *R. L.*, p. 145, et 10 *J.*, 139.)

A. GERMAIN, avocat du Demandeur.

J. ARMSTRONG, avocat du Défendeur.

(1) L'action possessoire, pour voies de faits sur des propriétés contigües et non délimitées, ne peut être maintenue par suite de l'incertitude de la possession respective des parties et, dans ce cas, ces parties seront renvoyées au pétitoire ou à l'action en bornage. (*Lalonde* vs. *Daoust*, C. S., Montréal, 30 avril 1864, SMITH, J., 13 R. J. R. Q., p. 338.)

(2) Cette cause est rapportée *suprà*, p. 428.

SIGNIFICATION DE REGLE POUR FOLLE ENCHERE

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 Mai 1866.

Coram BADGLEY, J.

LAFOND *vs.* GUIBORD, *et* MALO, Opposant, *et* GUIBORD, Adjucataire.

Jugé : Qu'il n'est pas nécessaire que la signification de la règle pour folle enchère soit faite personnellement à l'adjudicataire, ni que la motion lui soit signifiée. (1)

Le 27 avril 1866, le Demandeur fit motion pour une règle pour folle enchère contre l'adjudicataire, rapportable le 17 mai 1866. Cette motion ne fut pas signifiée à l'adjudicataire. Le 12 mai 1866, la règle fut signifiée à une personne raisonnable de la famille de l'adjudicataire. Le 21 mai 1866, les parties furent entendus sur la validité de cette règle, et, le 30 mai, la Cour déclara la règle absolue. *Per Curiam* : It was not necessary to serve upon the adjudicataire the motion to obtain this rule, and the service of the rule itself need not be personal. Rule absolute. (10 *J.*, p. 139.).

PICHÉ, attorney for Plaintiff.

GIROUARD, attorney for Defendant.

ENREGISTRATION

COUR SUPÉRIEURE, EN REVISION, Montréal, 30 juin 1866.

Coram SMITH J., BADGLEY, J., MONK, Asst. J.

MCCONNELL *vs.* DIXON, *and* BROWNE, Opposant, *and* NIVIN *et al.*, Opposants, *and* BROWNE, Contestant.

Jugé : Que deux jugements, l'un rendu le 31 mai 1866 et l'autre le 3 juin 1866, qui ont été enregistrés le même jour et à la même heure sous deux numéros différents, comportent une hypothèque de même date et de même rang. (2)

(1) L'huissier, dans son rapport de la signification à un adjudicataire d'une motion pour folle enchère, doit certifier qu'il a personnellement signifié ladite motion. Le rapport doit être écrit sur la motion même et non sur une feuille de papier y annexée. (*Jobin* vs. *Hamel*, et *Hamel*, adjudicataire, C. S., *Québec*, 3 mars 1862, STUART, J., 12 D. T. B. C., p. 176.) Voir art. 715 C. P. C.

(2) V. art. 2083 C. C. ; *Chaumont* et *Grenier*, 13 R. J. R. Q., p. 421, et 9 R. J. R. Q., p. 34 et 36.

Le produit de l'immeuble saisi et vendu sur Anne Smith, veuve Dixon, ayant été rapporté devant la Cour Supérieure, à Sorel, dans le district de Richelieu, le protonotaire, par son rapport de collocation et de distribution, a colloqué concurremment les opposants Philo D. Browne et William Nivin *et al.* L'opposant Browne a contesté cette collocation, sur le principe qu'il devait primer les opposants William Nivin *et al*, pour les raisons déduites en sa contestation. Le contestant Browne, dans son factum en revision, exposait ses prétentions comme suit: La collocation faite du contestant et de William Nivin et consorts, *au prorata* de leur créance respective par le protonotaire, est illégale, et blesse les droits du contestant. La créance hypothécaire de Browne a été légalement enrégistrée avant la créance de William Nivin et consorts. La créance de William Nivin et consorts n'a été enrégistrée que postérieurement à la créance hypothécaire de Philo D. Browne. Le jugement obtenu par Browne, le trois juin dernier, a été enregistré sous un numéro antérieur à celui des Nivin et consorts, dont le jugement en date du trente et un de mai dernier n'a été enregistré que sous un numéro subséquent et partant subséquemment à l'enregistrement du jugement contestant. Browne ayant la priorité de numéro, et, d'ailleurs, son jugement susdit ayant été enregistré avant celui des Nivin et consorts, il doit être colloqué de préférence auxdits Wiliam Nivin et consorts. Browne soutient que, depuis la mise en force de l'acte sur les inscriptions hypothécaires, il est nécessaire au porteur d'hypothèque *antérieur* d'enregistrer *avant* le porteur d'hypothèque *postérieur* pour pouvoir le primer. That as regards deeds *passed since* the Registry law came in force, and in cases such as the present, the law declares in effect that a deed, *prior in date* to another, shall be inoperative against it *unless* registered *before it.* Browne soutient que, vu que la créance hypothécaire de Nivin *et al.* est *antérieure* à la sienne et que nonobstant cela, elle n'a pas été enrégistrée *avant* la sienne, partant, la créance hypothécaire de Nivin *et al.* doit être déclarée nulle quant à lui Browne. The claim of Nivin *et al.* is *prior* in date to that of Browne, notwithstanding which it was not registered *before it*, and, therefore, the claim of Nivin *et al.*, must be held *inoperative* as against the claim of Browne (1). Nivin *et al.* ont exposé leur cause comme suit: Browne and Wm Nivin *et consorts* both obtained judgments against Mrs. Dixon, one of the Defendants. On monday morning, at 9 a.m., on the 3rd June last, both judgments were enregistered *together*. The judgment obtained by Browne bears a

(1) *Vide* 9 R. J. R. Q., p. 36, juge MEREDITH's concluding remarks in the case of *Chaumont* vs. *Grenier*.

number from the Registrar *next preceding* that given to the judgment of Nivin's. In the court below, the claims thus enregistered were collocated concurrently in the report of distribution. Browne contested this report of distribution on the ground that he should be paid by privilege over the claim of Nivin, because the certificate of the Registrar on his judgment bears a number next preceding that of the latter's. The Court below (LORANGER, J.) dismissed this contestation, and maintained that, as these two claims were *alike*, both judgments, and both enregistered at the same time, the anterior number of the Registrar certsticate gave Browne no privilege over the claim of Wm Nivin & Co. Wm Nivin & Co. maintain that the cause of *Chaumont* vs. *Grenier*, in appeal, (9 R.J.R.Q., p. 34 et 36) and referred to by the contestant in his factum, sustains the judgment of the Court below, in so far as it is similar to the present case. The contest there was between *two deeds of sale*. The Court of Appeals held, that, though one of these bore a number by the Registrar preceding that borne by the other, yet, they must be held to have been fyled concurrently, because they were both deposited with the Registrar on the same day and hour. But, because by the registry ordinance a *deed of sale* creating a mortgage becomes invalid, unless it be filed *before* the deed of a subsequent purchaser, therefore the court held also, that the subsequent deed extinguished the mortgage created by the prior deed *quoad* the property. In this case, both claims are founded on judgments which by the registration created mortgages. Nivin & Co's mortgage or claim is therefore not anterior to that of Browne's, as the latter has erroneously stated in his factum. Both mortgages being registered at the same time must be collocated together as having thus a co-equal privilege ; for if Wm. Nivin & Co's claim is held to be fyled concurrently with that of Browne's, therefore, it must participate in the privilege which that registration awards to Browne. In cases of *sale*, one deed must be fyled before another to make it inoperative. In cases of mortgage, or like the present case, no condition is expressed or implied in the law which can prevent two mortgages from being enregistered at one time, and enjoy concurrent and equal privilege. For if Nivin & Co's claim has no equal privilège with that of Browne's, how can it be held (as has been held in appeal in *Chaumont* vs. *Grenier*) that they were enregistered at the same time ? The time of the registration is the element of the privilege. Then Nivin & Co., as participants in all the circumstances of that registration, are entitled to share equally in the results of the

privilege. (1) Le jugement de la Cour Supérieure, dans le district de Richelieu, rendu le 20 mars 1866, est motivé comme suit : " La Cour, considérant que les créances hypothécaires, en vertu desquels lesdits Browne et Nivin et consorts, ont été colloqués par concurrence et contribution sur les deniers déposés devant la cour, ont été enrégistrées le même jour et à la même heure, savoir : le 5 juin dernier, à neuf heures du matin, leur rang et privilège hypothécaire étaient les mêmes, et qu'ils devaient aussi être colloqués concurremment et par contribution, et qu'il s'en suit que la contestation de Browne, qui prétend primer Nivin et consorts, est mal fondée, a débouté et déboute ledit Browne de ses moyens de contestation." La Cour de Revision, à Montréal, a confirmé ce jugement. (10 *J.*, p. 140.)

LAFRENAYE et BRUNEAU, avocats de Browne.

POPHAM, avocat de Nivin *et al.*

CAUTIONNEMENT.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 28 juin 1866.

Coram BERTHELOT, J.

DANSEREAU *vs.* FONTAINE DIT BIENVENU.

Jugé : Que la caution simple n'est pas tenue au paiement des dépens d'une première action portée contre le débiteur principal et de ceux faits pour la discussion des biens de ce dernier, si cette caution n'a pas été notifiée au préalable de cette poursuite.

Le Demandeur réclamait $106.26 savoir : $43.80, pour le montant d'un billet notarié délivré en brevet et consenti le 10 octobre 1861, par A. Belval, en sa faveur, et que le Défendeur avait cautionné, avec intérêt depuis le 29 septembre 1861, et le surplus $62.46, pour frais encourus sur un jugement obtenu par le Demandeur contre le nommé Belval le 30 décembre 1865, pour le recouvrement de ce billet et pour discuter le bien du débiteur principal, Belval. Le Défendeur plaida qu'en effet, par acte reçu en brevet, le 19 octobre 1861, il se serait rendu caution simple en faveur du Demandeur pour Belval, pour le paiement de cette somme de $43.80, avec intérêt, mais qu'il n'était pas tenu au paiement des frais de la

(1) Lorsque les certificats d'un régistrateur établissent que deux actes ont été enregistrés le même jour et à la même heure, et que ce régistrateur donne à l'un de ces actes priorité par numéro, les réclamations fondées sur ces actes devront, sous les dispositions de la 4me Vic., ch. 30, sec. 11, être colloquées concurremment par l'ordre de distribution. (*Lenfesty* vs. *Renaud*, et *Alain et al.*, Opposants, C. S., *Québec*, 14 Juin 1859, *Chabot*, J., 9 D. J. B. C., p. 298).

première action, et qu'il avait offert de payer cette somme au Demandeur avant l'institution de la présente action, et il demanda acte de sa consignation devant la Cour. Le Demandeur consenti le 7 avril 1866 à ce que le dépôt fut considéré fait, et, le 11 mai 1866, le Demandeur admit " que le Défendeur, " avant l'institution de la présente action, a offert et fait " offrir au Demandeur de lui payer le montant du billet, ainsi " que les intérêts, et que le Demandeur a refusé." " La Cour considérant que le Défendeur est bien fondé en sa prétention par lui soulevée par son plaidoyer, qu'il ne peut être tenu en droit des frais que le Demandeur a faits sur une première action par lui intentée contre André Belval, pour le recouvrement du billet du 19 octobre 1861, pour le paiement duquel le Défendeur est devenu caution envers le Demandeur; vu les admissions et consentements du Demandeur : a déclaré les offres par lui faites en son plaidoyer bonnes et suffisantes, et a ordonné et ordonne que la somme de $43.80 montant du billet, et celle de $11.50 pour intérêts accrus sur icelle jusqu'au jour des offres faites par le Défendeur et offertes par ce dernier dans et par son plaidoyer, soient payées et remises au Demandeur, et l'action de ce dernier déboutée pour le surplus, avec dépens contre le Demandeur. (1) (10 *J.*, p. 142.)

JETTÉ et ARCHAMBAULT, avocats du Demandeur.

CARTIER, POMINVILLE et BETOURNAY, avocats du Défendeur.

CONTRAINTE PAR CORPS CONTRE UN DEFENDEUR.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 31 Mars 1866.

Coram BERTHELOT, J.

TERROUX *vs.* DUPONT, Défendeur et gardien mis en cause.

Jugé: Qu'un Défendeur qui soustrait les effets saisis, pendant que l'huissier procède à les porter sur son procès-verbal et qui use de violence envers l'huissier pour opérer cette soustraction (2), peut n'être condamné qu'aux frais de la règle, et l'huissier doit de nouveau, dans ce cas, procéder à la saisie et vente des effets du Défendeur.

Le Demandeur avait obtenu jugement contre le Défendeur, le 14 septembre 1865. Le 13 octobre 1865, le Demandeur fait émaner une saisie-exécution contre les biens du Défendeur, et l'huissier fait son retour, par lequel il appert qu'ayant procédé

(1) La caution n'est pas tenue au payement des frais d'une première poursuite contre le débiteur principal, si cette poursuite ne lui a pas été notifiée. (*Nye* vs. *Isaacson*, C. C., Montréal, 30 Décembre 1861, 10 R. J. R. Q., p. 209.)

(2) V. art. 782 C. P. C.

à la saisie, le Défendeur lui a refusé un gardien, a barricadé une des portes de la maison, et a esquivé une partie de ses effets avant que l'huissier ait pu les inscrire sur son procès-verbal, malgré les défenses dudit huissier ; que, toutefois, l'huissier, ne pouvant trouver de gardien pour les effets qu'il avait pu inscrire sur son procès-verbal, a nommé le Défendeur gardien. Ce rapport est appuyé d'un affidavit de circonstances. Le Demandeur, le 10 novembre 1865, prend une règle de Cour, par laquelle il demande qu'attendu les retour et affidavit de Joseph Boucher, huissier saisissant, il appert que le Défendeur s'est opposé à la saisie, a esquivé les effets saisis, et les a soustraits des mains dudit huissier et a usé de violence vis-à-vis Boucher, pour l'empêcher d'exécuter les devoirs que lui avait conférés cette Cour, ledit Défendeur soit déclaré en mépris de cour et en rébellion à la justice, et, en conséquence, soit condamné à être emprisonné dans la prison commune de ce district, durant tel temps qu'il plaira à cette Cour de fixer, et que, vu la soustraction des effets saisis, Dupont soit condamné à être emprisonné dans la prison commune de ce district, après l'expiration de sa détention première, jusqu'à ce qu'il ait payé la dette du Demandeur, en capital, intérêts et frais, ainsi que les dépens de la règle, à moins que cause au contraire ne soit montrée le 13 novembre 1865. Le Défendeur comparaît et plaide que tous les faits contenus dans la règle sont faux, et que lui, Défendeur, qui est en même temps gardien, a toujours été prêt, comme il l'est encore, de livrer les effets saisis et conclut au débouté de ladite règle. A la preuve, le Demandeur prouve par l'huissier saisissant tous les faits contenus dans le rapport et affidavit dudit Joseph Boucher, huissier saisissant.

G. DOUTRE, pour le Demandeur, au mérite, plaida que le Defendeur devait être déclaré en mépris de cour, vu qu'il avait usé de violence vis-à-vis de l'huissier, pendant qu'il exécutait les fonctions que lui avait conférées cette cour. Il était illusoire d'ordonner à un officier de justice de saisir, si, après l'avoir privé du droit de se faire accompagner d'un recors, on le laisse à la merci d'un Défendeur qui barricade ses portes, esquive et soustrait ses effets. Il est prouvé que des effets saisis ont été soustraits des mains de l'huissier avant que celui-eût le temps de les inscrire sur son procès-verbal.

L. O. DAVID, pour le Défendeur, plaida que le Défendeur se déclarant prêt à remettre les effets saisis et à payer les frais faits pour entrer en possession de tels effets, la cour devait le lui permettre et le renvoyer des conclusions de la règle.

G. DOUTRE répliqua que les fins de la justice ne se trouvaient pas satisfaites par de tels procédés. Quels moyens avons nous de constater que les effets que le Défendeur offre de re-

mettre sont les mêmes que ceux qu'il a soustraits à la saisie ? Les Défendeurs useraient dorénavant de violence vis-à-vis des officiers de la justice et soustrairaient impunément leurs effets, si la conduite du Défendeur n'est pas sévèrement punie.

PER CURIAM, la Cour condamne le Défendeur aux frais de la règle et ordre est donné de procéder de nouveau à la saisie et vente. (10 *J.*, p. 143.)

DOUTRE et DOUTRE, pour le Demandeur.

MOUSSEAU et DAVID, pour le Défendeur et gardien.

DON MUTUEL.—CAUTION JURATOIRE.—USUFRUIT.

COUR SUPÉRIEURE, DISTRICT DE JOLIETTE,
Industrie, le 19 mai 1866.

Coram LORANGER, J.

AMIREAU *et al. vs.* MARTEL *et ux.*

Jugé : 1o. Que les époux qui, par leur contrat de mariage, se font donation mutuelle en usufruit au cas de non survenance d'enfants, peuvent affranchir cette donation du cautionnement.

2o. Ils peuvent la subordonner valablement à la simple caution juratoire.

3o. En ce dernier cas, l'usufruitier qui a rempli la condition, c'est-à-dire qui a fourni sa caution juratoire, a, vis-à-vis des nu-propriétaires, la même liberté que s'il eût été dispensé de tout cautionnement ou que si, ayant été assujetti à un cautionnement fidéjussoire, il l'avait donné.

4o. En ce cas la femme usufruitière ne perd pas, par le fait seul de son convol en secondes noces, le bénéfice de sa caution juratoire, et ne peut être assujettie à un cautionnement fidéjussoire en faveur des héritiers de son mari.

5o. Elle peut cependant le devenir par les conventions de son second mariage, la stipulation de communauté par exemple, qui l'aurait dépouillée de l'administration des biens usufruités, pour en revêtir son mari, constituant par là une abdication de son administration.

6o. Si cette abdication est précédée ou suivie de circonstances qui mettent en péril les droits des maîtres de la propriété, ou constituent un abus de jouissance de la part de la femme et de son mari ou de tous deux, ils pourront être contraints à donner cautionnement fidéjussoire ou à subir le séquestre des biens dont l'usufruit est entré dans leur communauté.

7o. Le retrait des créances considérables fait par la femme pendant sa viduité, sans remploi au nom de l'usufruit et sans indication de leur origine quand elle les a replacées en son nom propre, joint à semblable retrait fait par la femme conjointement avec son mari lequel n'offre aucune garantie, et les a placées en son nom seul, constituent un abus de jouissance.

8o. Si outre les créances, la femme et son second mari ont employé le prix de vente du mobilier pour faire des placements de deniers au nom de la femme avant le second mariage et au nom du mari seul après, cette circonstance ouvre un moyen additionnel aux héritiers pour exiger le cautionnement.

LORANGER, J.: Le neuf février 1846, François Amireau et Eulalie Lemire dit Marsolais contractèrent mariage, dont les principales conventions civiles consistèrent dans l'établissement du régime de la communauté, la constitution d'un douaire préfix de trois cents francs, et la stipulation d'une donation mutuelle et viagère en usufruit en faveur du survivant, et, à sa caution juratoire, de tous les biens meubles et immeubles, acquêts, conquêts et propres du premier mourant, au cas de non survenance d'enfants, avec la seule exception faite par le mari d'une terre à lui appartenant. Le premier janvier 1864, François Amireau mourut intestat et sans enfants. Sa veuve, Eulalie Lemire dit Marsolais, la Défenderesse, procéda, le 10 mars de la même année, contradictoirement avec les héritiers collatéraux du défunt, à l'inventaire des biens de leur communauté, dont l'actif mobilier, composé de meubles, meubles meublans, linge, instruments d'agriculture, grains, argent monnayé, créances actives et autres semblables choses qui se consomment de suite ou se détériorent peu à peu par l'usage, fut arrêté, déduction faite du passif, à 43,355 frcs et 9 sous, a-c; l'actif mobilier consistant en deux immeubles, qui devaient appartenir pour moitié en propriété et pour l'autre moitié en jouissance à la veuve, cette dernière moitié devant, à sa mort, retourner en propriété aux héritiers de son mari. Le 28 avril de la même année, elle donna, en justice, sa caution juratoire, et, le 30, il fut procédé à un partage établissant la part réciproque de la veuve et des héritiers dans la communauté; celle de la veuve s'élevant, y compris son douaire, à 25,774 frcs et 16 sols, a-c, et la portion des héritiers à 25,906 frcs et 3 sols partageables entr'eux suivant leurs droits respectifs dans la succession du défunt; les conquêts immeubles devant être partagés par moitié. La veuve Amireau reste en possession du tout à titre d'usufruitière, et, le 2 mars 1865, elle convola en secondes noces avec Louis-Jérémie Martel, le Défendeur, sous le régime de la communauté. Une action est aujourd'hui intentée par les héritiers Amireau contre les époux Martel, demandant qu'ils soient condamnés à leur donner caution fidéjussoire, pour leur assurer la restitution intacte des biens sujets à l'usufruit de la défenderesse, lors de son extinction, sinon leur mise en séquestre. Deux motifs appuient cette demande; le convol en secondes noces de la veuve usufruitière et la dissipation et divertissement allégués des biens chargés d'usufruit. Subsidiairement, les héritiers Amireau demandent aux époux Martel caution suffisante pour le douaire de 300 francs, que la défenderesse a déclaré avoir reçu par le partage du 30 avril 1864. Par leurs défenses, les époux Martel soutiennent que la seule condition apposée par son contrat de mariage à l'usufruit de la survivante ayant été sa caution

juratoire, qu'elle a donnée, elle ne peut être tenu d'en donner une seconde, ni à raison de son convol en secondes noces, ni des prétendus faits de dissipation et divertissement qui sont imputés aux Défendeurs et, qu'au surplus, ils nient, prétendant qu'au lieu d'avoir appauvri les biens chargés d'usufruit, ils en ont augmenté la valeur. Que quant à ce qui a rapport au cautionnement qu'on leur demande, à raison du douaire de 300fs., ils ne peuvent être contraints de le fournir, parce que malgré ce qui peut être exprimé au partage, la douairière n'a point reçu son douaire, dont le prélèvement ne devait pas se faire sur la part des héritiers dans la communauté absorbée tout entière par son usufruit, mais qu'elle a le droit de prendre sur les biens propres restés dans la succession de son premier mari et exempts d'usufruit, biens à leur dire suffisants pour faire valoir le douaire. Qu'ayant un double émolument à titre de donataire usufruitière et de douairière, elle ne peut être tenue de les faire valoir tous deux, sur des biens assujettis en entier à la prestation de l'un d'eux, en perdant ainsi l'autre. Il résulte de la preuve authentique et des admissions des parties que, dans l'intervalle de son entrée en jouissance au second mariage, la Défenderesse a retiré des créances au montant de 8800 francs, pour la plus grande part formé des capitaux de la première communauté et assuré par hypothèques, et, depuis son second mariage, elle a reçu avec son second mari une autre somme de 3,411 francs, ayant la même origine, formant en tout la somme de 12,211 francs. De cette somme, les Défendeurs prétendent cependant qu'il faut défalquer celle de 2,534 francs que la Défenderesse a payée pour acquitter les dettes passives de la première communauté, pour son deuil et les frais funéraires du défunt, laissant une balance de 9677 francs dont la moitié représente la part des Demandeurs dans les capitaux retirés et qui étaient chargés d'usufruit. C'est de ce prétendu divertissement que les Demandeurs se font, entr'autres, un moyen pour demander un cautionnement fidéjussoire. Les Défendeurs, en fait, constatent ce moyen par une espèce de remploi qu'ils prétendent avoir fait de la somme retirée, et ils produisent une série de titres hypothécaires, moins un, qui constatent qu'avant son second mariage la Demanderesse avait prêté à diverses personnes la somme de 7,260 francs, et que, depuis, la seconde communauté a fait d'autres prêts au montant de 5,300 francs, formant une somme totale de 12,560 francs, et qu'ils ont en mains une somme de 1,115 francs en voiture, meubles et animaux, acquis par la seconde communauté ; ce qui fait un excédant de 3,037 francs 14 s., a-c., sur les capitaux déplacés. Par rapport aux placements faits par la seconde communauté, un fait remarquable et qui forme un des principaux éléments du litige, est

qu'ils ont été faits au nom de Louis-Jérémie Martel seul, et que c'est en sa faveur que sont consentis les titres de créances qui les constituent. De plus, une somme de quatre cents francs a été prêtée sur un simple billet chirographaire, celle prêtée au nommé Théo. Mazuret. Ainsi, sur cette somme de 5,300 frs. retirée de la première communauté et prêtée au nom du second mari, la moitié savoir: 2,650 frs. et 10 sls., appartiendrait aux Demandeurs, si elle avait été placée au nom de l'usufruit. Incident digne de remarque ! Le fait que dans les prêts, tant ceux faits par la Défenderesse pendant sa viduité que ceux faits par son second mari, l'origine des deniers prêtés est dissimulée, mérite également observation. Il est aussi constant que ces deniers provenaient de la première communauté, puisque le Défendeur Martel n'a apporté aucuns biens en mariage; du moins n'est-il fait aucune preuve à cet égard. Rien non plus ne fait voir que les créances retirées fussent échues, cependant, en l'absence de preuve contraire, il y a lieu à la présomption légitime qu'elles l'étaient. Nulle détérioration n'a été prouvée par rapport aux immeubles, et toute la preuve de dissipation des objets mobiliers consiste dans l'admission donnée par les Défendeurs qu'ils les ont vendus, sans dire à quel montant, ni à quelle quantité. De la part des héritiers Amireau, qui, si on en juge par leur déclaration, semblent avoir principalement fondé leur demande sur le convol de la veuve en secondes noces, comme ayant frappé de caducité la caution juratoire, et n'invoquent qu'en second lieu le retrait des capitaux et la dissipation des objets mobiliers, MM. Olivier et Baby, leurs Défenseurs, ont pourtant fait de ce dernier moyen un des éléments importants de leur plaidoirie. Ils ont prétendu que ce n'était pas à titre de peine contre le convol en secondes noces de la veuve, qu'ils réclamaient la déchéance des immunités que lui avait assurées sa caution juratoire et qu'ils demandaient un cautionnement fidéjussoire, mais bien parce que, par son second mariage, elle s'était dépouillée de l'administration des biens chargés d'usufruit, et en avait revêtu un tiers, son second mari. Que bien que le titre à l'usufruit, ses charges et ses émoluments reposent encore sur la tête de l'usufruitière, l'exercice en appartient au Défendeur, comme chef de la seconde communauté. Que, quand son premier mari lui a fait donation de l'usufruit de ses biens à charge de caution juratoire, il ne pouvait prévoir un second mariage par lequel elle substituerait à l'administration des biens de ses héritiers une personne étrangère, un second mari, personnage dont la pensée est toujours odieuse au premier. Que, s'il avait supposé un tel mariage, il n'eût point restreint la stipulation d'un cautionnement au serment de sa femme. Qu'en n'exigeant que cette caution juratoire, il avait donné sa confiance à sa femme, qu'il

s'était contenté de sa foi, ne doutant point de sa fidélité à conserver à ses héritiers les biens dont il lui donnait la jouissance. Comment aurait-il pu en agir ainsi vis-à-vis d'un inconnu qui se trouve aujourd'hui le seigneur et maître de son hérédité ? Car en se remariant, la veuve Amireau a renoncé à toute administration pour en revêtir son second mari qu'elle a rendu maître de ses biens en stipulant le régime de la communauté, aussi bien que de sa personne en l'épousant. Les biens, appartenant aux Demandeurs, sont tombés virtuellement sous la puissance du Défendeur, Martel qui peut en user à sa volonté, en abuser de même et les dissiper jusqu'à entière extinction. Et quelle sûreté Martel, qui est devenu l'usufruitier de fait, peut-il donner de sa bonne administration ? Aucune, puisqu'il n'a aucuns biens personnels. De quelle utilité peut être aux héritiers la caution juratoire de sa femme ? Elle a juré qu'elle administrerait fidèlement et qu'elle restituerait les biens, mais elle ne les administre plus et s'est mise hors du pouvoir de les conserver. Les nu-propriétaires se trouvent donc sans cautionnement aucun, sans sûreté quelconque vis-à-vis l'administrateur de leurs biens ! Il est contre tout principe de droit et d'équité qu'un usufruitier entre en possession de biens, dont la propriété appartient à un tiers, sans donner cautionnement, ont continué ces messieurs. La maxime contraire a toujours prévalu, et à l'appui de cette prétention, aussi bien que de la première, ils citèrent de nombreuses autorités. Si l'usufruitier est, aux termes du droit commun, tenu de donner cautionnement, la femme usufruitière, qui se remarie et fait entrer dans dans une seconde communauté les biens que ces héritiers seront à la mort tenus de rendre à leurs maîtres légitimes, a t-elle pu, par l'effet de son cautionnement, dispenser son second mari, chef de cette communauté, ou cette communauté elle-même, de l'obligation d'en fournir un nouveau ? S'il en était ainsi, la nécessité d'un cautionnement ne serait qu'illusoire, et rien ne serait plus facile que de s'en jouer, d'éluder les sages dispositions du droit à cet égard, et d'en pervertir l'esprit ! Et que l'on remarque, ont ajouté ces messieurs, que le cautionnement donné ici par la femme, est une simple caution juratoire, qui n'a pas emporté hypothèque, et n'a conféré aux héritiers Amireau, aucune sûreté additionnelle à celle que la loi leur accordait contre l'usufruitière, qui, elle-même, a cessé de leur offrir les garanties qu'ils avaient lieu d'attendre de sa bonne administration, et de ses soins à conserver les choses léguées, puisque ce n'est plus elle qui administre. Ainsi donc, vous avez d'un côté des nu-propriétaires, qui sont sans garantie pour la restitution de leurs biens, et de l'autre, des administrateurs infidèles qui les dissipent, puisqu'il est prouvé, par les aveux mêmes des Défendeurs, qu'ils ont diverti de larges sommes

provenant des créances actives de la première communauté, et qu'ils n'en ont point fait de remploi qui puisse assurer leur remboursement aux héritiers, lors de l'extinction de l'usufruit. Après avoir passé en revue les diverses créances retirées par les Défendeurs, et être entré dans des considérations de fait, dont la reproduction serait sans intérêt ici, puisqu'elles sont analysées plus tard, les Défenseurs des Amireau ont soutenu que les prétendus remplois faits par les Défendeurs, qui ont prêté au nom de la Défenderesse seule pendant son veuvage, et à celui de Martel seul, depuis leur mariage, les capitaux retirés, n'étaient point le remploi voulu pour garantir les héritiers: que c'était la seconde communauté qui restait créancière des sommes prêtées, qui sont devenues le gage des créanciers de cette seconde communauté, aussi bien que de ceux de Martel lui-même; que ces seconds prêts n'était d'aucune importance pour les Demandeurs, qu'ils n'amélioraient en rien leur condition, et empiraient la cause des Défendeurs; que ces retraits de capitaux et leur placement subséquent avaient constitué des faits de détournement et de divertissement, constituant un abus de jouissance. D'ailleurs, quelle est la demande des Amireau? est-ce la déchéance du droit d'usufruit? Non. La dépossession des Défendeurs, et notamment de l'usufruitière, comme condamnation directe? non: nous n'exigeons rien de semblable, ont dit ces Messieurs; nous demandons simplement la conservation de nos droits; nous voyons nos droits passer entre les mains d'un tiers, ne nous offrant aucune sûreté, et qui les dissipe. Une partie a déjà fait naufrage, le reste est en péril; avant l'entière consommation de notre ruine, nous demandons qu'on nous garantisse que ce qui reste de la succession du défunt nous sera restitué. Les mesures conservatoires, sont toujours vues d'un œil favorable par les tribunaux, en ce que leur objet n'est pas de trancher sur les droits des parties, mais de les conserver, d'en priver une au profit de l'autre, mais de les protéger toutes. La loi et l'équité doivent marcher de pair dans les matières contentieuses, leur autorité doit être la même: la première ne doit jamais être sourde à la voix de la seconde. Ce serait une preuve pénible de l'insuffisance de nos lois, qu'un cas où les tribunaux leur demanderaient, en vain, les moyens de rendre justice. Et c'est cette justice que nous réclamons, en demandant un cautionnement, qui, tout en conservant à l'usufruitière les bénéfices de sa jouissance, pendant sa vie, garantisse aux héritiers, la restitution de leur propriété, à sa mort. Pour ce qui est du douaire, il n'est pas nécessaire de discuter ici, si la veuve a déclaré bien ou mal à propos, l'avoir reçu par l'acte de partage, et si elle devait ou non, prendre sur les biens libres du mari. Elle l'a reçu et en a fait sa déclaration acceptée par les héritiers. Elle

est non recevable à faire prononcer qu'il sera pris sur d'autres biens sans une demande spéciale à cet effet, et sans conclure à la rescision de cette partie du partage qui a rapport au douaire. Etant en viduité, elle a été saisie de son douaire; elle s'est remariée, et, aux termes de l'article 285 de la coutume, elle doit donner aux héritiers de son mari, un nouveau cautionnement, que nous demandons aussi bien pour le douaire que pour la donation d'usufruit, constituée par le contrat de mariage. De la part des héritiers Martel dont ils ont présenté la défense, MM. Prévost et Archambault ont fondé sur des idées d'un ordre contraire, un système d'argumentation hostile à la demande. Ils ont prétendu qu'en thèse générale la donation d'usufruit, par contrat de mariage, est affranchie de la nécessité du cautionnement, et que la faveur dont jouit ce contrat est la cause de ce privilège. Qu'au cas où les parties sont restées muettes sur ce point, c'est-à-dire, n'ont chargé ni dispensé le survivant de cette formalité, il en est déchargé de plein droit, contrairement aux autres constitutions d'usufruit, qui engendrent la nécessité d'un cautionnement fidéjussoire dans le silence de l'auteur de l'usufruit. Si la loi dispense l'usufruitier par contrat de mariage de la nécessité du cautionnement, à plus forte raison pourrait-il en être expressément dispensé par le contrat même, ou mieux encore assujetti à un autre cautionnement moins onéreux, la caution juratoire. La donation d'usufruit par contrat de mariage diffère en cela du don mutuel, dont l'établissement ne peut exempter le donataire survivant du cautionnement. La raison de cette différence est sensible. Il est au pouvoir des époux d'établir les conventions civiles de leur mariage comme ils le jugent à propos. Ils peuvent s'avantager à leur gré, et se faire, sauf les retranchements des secondes noces, tous les dons possibles. Pouvant se donner sans restriction leurs biens en propriété, ne peuvent-ils pas, quand ils se les donnent en jouissance, se dispenser mutuellement de la nécessité d'une caution fidéjussoire? La raison qui prohibe la dispense du cautionnement en matière de don mutuel tire son autorité de la défense faite aux conjoints de s'avantager pendant le mariage. La coutume leur a permis une seule dérogation qui, à proprement parler, n'en n'est pas une, c'est celle du don mutuel qu'elle a établie, sous les conditions de la plus stricte égalité, et qu'elle a asservie à la prestation du cautionnement, de crainte que cette égalité ne fût détruite. Les époux Amireau se sont mariés à certaines conditions civiles couchées à leur contrat; la dispense du cautionnement fidéjussoire, remplacé par la caution juratoire, en est une, et il est permis de supposer que sans cette stipulation, leur union n'eût pas eu lieu, puisque le contrat de mariage est un contrat

synallagmatique dont chaque stipulation faite par une des parties contractantes est censée contenir le motif qui a déterminé l'autre à contracter. Du moins peut-on présumer que, sans cette condition, la donation mutuelle n'eût pas été faite. Mais les Demandeurs ont prétendu que le défunt, quand il a fait cette donation, ne pouvait prévoir que sa femme se remarierait, et que s'il eût prévu cette éventualité, il ne l'aurait pas dispensée du cautionnement. Il n'y a qu'une réponse à faire à cette observation : c'est qu'un homme, qui se marie et ne stipule aucune peine contre les secondes noces de sa femme, est censé avoir prévu la possibilité de cet évènement, avec moins de défaveur que n'en attachent aujourd'hui les héritiers Amireau à celles de la Défenderesse. On a encore dit : la dispense a été accordée en faveur de la survivante, et ce n'est pas elle qui jouit de l'usufruit, c'est un étranger, un tiers, un second mari. Cet avancé n'est pas exact ; ce n'est pas le second mari qui est en possession du don, qui en jouit ; c'est la Défenderesse elle-même. Il est vrai que ce n'est pas par elle-même, mais elle jouit par l'intermédiaire de la communauté qu'elle a contractée par son second mariage. S'il lui était loisible de se remarier et de rester en possession du don que lui avait fait son premier mari, elle avait le droit de faire toutes les conventions matrimoniales sanctionnées par les lois, et de ce nombre la plus naturelle, puisqu'en l'absence d'aucun contrat elle est stipulée par la coutume : le régime de la communauté. On ne peut douter, continuent MM. PRÉVOST et ARCHAMBAULT, qu'avant son second mariage la veuve Amireau eût le droit de retirer les créances dont elle avait l'usufruit. Non seulement c'est le droit de l'usufruitier, mais ce droit lui incombe comme une obligation, puisqu'il est tenu des prescriptions qu'il laisserait encourir, et que le débiteur a toujours le droit de se racheter ? Ce droit l'a-t-elle perdu en se remariant ? Personne ne peut le soutenir, elle s'est remariée sous le régime de la communauté, et le droit d'usufruit de créances mobilières, étant un droit mobilier, est entré dans la communauté. C'est donc à la communauté qu'a été transféré ce droit de retirer les créances. Elle seule pouvait les recevoir valablement et en donner quittance ; la femme seule ne le pourrait. Et c'est exactement ce qui a été fait. Quel crime ont donc commis Martel et sa femme, ou Martel seul comme chef de la communauté, en faisant non-seulement ce qu'ils avaient le droit de faire, mais ce qu'il était de leur devoir de faire ? Par là les nu-propriétaires n'ont perdu aucun de leurs droits, aucune de leurs garanties. Ils tiennent la femme responsable de sa propre gestion et de celle de la communauté ; de plus ils ont comme garant la seconde communauté elle-même. Cette seconde communauté sera, à l'extinction de l'usufruit, tenue de

restituer un montant égal aux capitaux retirés. Le fait importe peu que la femme l'accepte ou qu'elle y renonce. Si elle y renonce, outre le recours individuel que les Demandeurs ne cesseront pas de conserver contre elle comme leur personnelle obligée, ils conservent un même recours contre le mari comme ayant géré leurs biens ; si elle l'accepte, ils la tiendront responsable au double titre d'usufruitière et de commune, et dans cette obligation entrera le mari concurremment avec elle et pour sa part. Les Demandeurs n'ont rien à craindre, car la seconde communauté, loin de s'appauvrir et d'avoir dissipé les créances retirées, s'est enrichi et les a fait fructifier de près d'un tiers au-dessus des montants reçus. Les deniers prêtés par la seconde communauté l'ont été au nom du mari seul, il est vrai ; mais c'est par lui, comme chef de la communauté, ou plutôt c'est au nom de la communauté elle-même qu'ils l'ont été. C'était le seul mode rationnel de les prêter, parce que, l'eussent-ils été au nom de la femme seule, si semblable prêt eût été légal, ils seraient encore tombés dans la communauté. Sous tous ces rapports, la demande de cautionnement et de séquestre dirigée contre les Défendeurs est évidemment mal fondée. Quant au douaire, ils ne peuvent être tenus de donner de cautionnement puisqu'ils ne l'ont pas reçu. En recevant pour douaire des créances ou des biens dont la Défenderesse avait déjà l'usufruit à un autre titre, celui de donataire, elle n'a rien reçu comme douairière. Elle a tout simplement reçu ce qui lui appartient déjà, ou plutôt on l'a payé de son propre bien. Comment, pour se soustraire au cautionnement, à raison de ce prétendu douaire, pourrait-elle être tenue de demander la rescision d'une déclaration inefficace, faite au partage. Tels sont en analyse les moyens invoqués de part et d'autre par l'habile plaidoierie des avocats des parties. Comme on le voit cette plaidoierie a soulevé plusieurs questions dont la solution graduelle nous conduira à la décision de cette cause, aussi difficile peut-être qu'elle est nouvelle en ce pays, bien que plusieurs procès analogues aient été engagés et à diverses reprises jugés en France. Ces questions, sans compter quelques points incidents qui, pour être d'une importance mineure, ne sont pas sans intérêt et qui recevront leur solution à mesure qu'elles se présenteront, sont les suivantes : 1° Les époux, qui par leur contrat de mariage, se font donation mutuelle en usufruit, au cas de non survenance d'enfants, peuvent-ils affranchir cette donation du cautionnement ? 2° Peuvent-ils la surbordonner valablement à la simple caution juratoire : 3° En ce dernier cas, l'usufruitier qui a rempli la condition, c'est-à-dire qui a fourni la caution juratoire, a-t il vis-à-vis des nu-propriétaires, la même liberté que s'il eût été dispensé de tout cautionnement, ou que, si ayant été assujetti à un cautionnement fidéjussoire,

il l'avait donné ? 4° La femme usufruitière par donation mutuelle faite par son contrat de mariage à charge de caution juratoire et qui l'a donnée, perd-elle par le fait seul de son convol en secondes noces, le bénéfice de sa caution juratoire, et peut-elle être assujettie par les nu-propriétaires, héritiers de son mari, à leur donner un cautionnement fidéjussoire ? 5° Si elle n'y est pas assujettie par le seul fait de son second mariage, peut-elle le devenir par l'effet de ses conventions matrimoniales, la stipulation de communauté, par exemple, dans laquelle serait entrée la plus grande partie des biens usufruités, et par laquelle stipulation elle se serait dépouillée de l'administration de ces biens pour en revêtir son second mari, comme chef de leur communauté ? 6° Si l'abdication de l'administration est précédée ou suivie de circonstances qui mettent en péril les droits des nu-propriétaires ou constituent un abus de jouissance de la part de la femme ou de son second mari ou de tous deux, pourront-ils être contraints de donner ce cautionnement ou de subir le séquestre des biens dont l'usufruit est tombé dans la seconde communauté ? 7° Le retrait de créances considérables appartenant à l'usufruit, fait par la femme pendant sa viduité, et qui n'en a pas fait le remploi au nom de l'usufruit, mais qui les a prêtés en son nom propre sans indication de leur origine, joint à semblable retrait fait par la femme, conjointement avec son second mari, lequel n'offre aucune garantie personnelle, et au placement des créances au nom du second mari seul, constituent-ils des circonstances menaçantes pour la restitution de l'usufruit et un abus de jouissance ? 8° Si outre les créances, la femme ou son second mari ont employé le prix de vente du mobilier usufruité pour faire des placements au nom de la femme avant le second mariage et du mari seul après, cet incident offre-t-il un moyen additionnel aux héritiers pour demander le cautionnement ? Pour parvenir à la solution de la question relative à la légalité de la remise du cautionnement, il faut d'abord définir l'usufruit pour connaître la raison qui fait exiger un cautionnement de l'usufruitier. Le *Code Napoléon*, dont on peut sans crainte adopter les dispositions sur la matière de l'usufruit, puisqu'il n'a apporté presque aucun changement aux maximes de l'ancien droit, à telle enseigne qu'à part quelques légères modifications nécessitées par nos usages, notre code civil a copié mot pour mot les 46 articles qui en traitent, le Code Napoléon, dis-je, (article 318) définit l'usufruit " le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance." Et en cela il n'a innové en rien ; telle était la définition qu'en donnaient les Jurisconsultes Romains et Justinien en a fait un texte exprès. Nos codificateurs ont emprunté ce texte en son

entier, je veux dire l'article 318 du Code français. L'usufruitier doit jouir comme le propriétaire lui-même, c'est-à-dire en bon père de famille, en tirant tout le profit de la chose usufruitée, dont il doit cependant conserver la substance pour la restituer aux nu-propriétaires, lors de l'extinction de l'usufruit. Si l'usufruit porte sur des choses immobilières il ne peut qu'en tirer les fruits naturels ou industriels, à la charge de les garder en bon état d'entretien. S'il est constitué sur des choses fongibles ou qui ne peuvent servir sans consommation immédiate ou qui consistent en nombre, poids et quantité, il doit, à la fin de l'usufruit en rendre une même quantité de la même espèce ou la valeur qu'elles avaient lors de l'ouverture de l'usufruit. Quant aux choses qui se consomment ou dépérissent par l'usage, comme les meubles meublans, les animaux etc., l'usufruit doit les rendre dans l'état où elles sont lors de l'extinction de l'usufruit, si elles sont encore en existence, sinon, il n'a aucune responsibilité par rapport à elles vis-à-vis des nu-propriétaires, pourvu qu'elles n'aient point péri par sa faute. Nous verrons plus tard quels sont les droits et les obligations de l'usufruitier par rapport aux créances qui jouent un grand rôle en cette cause. Comme sûreté de l'obligation de conserver et de rendre en nature, en valeur ou en espèce la chose usufruitée et pour en assurer l'exécution, la loi a imposé à l'usufruitier l'exigence du cautionnement. Tout usufruitier doit donner cautionnement fidéjussoire, s'il n'en est dispensé par la loi ou la volonté de l'homme, c'est-à-dire, en ce dernier cas, par le titre constitutif de l'usufruit, et pour exemple du premier, le cas de détention à titre d'usufruit, de l'immeuble aliéné soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, laquelle rétention est par la loi dispensée de cautionnement. Il est cependant un cas où la loi comprime la volonté de l'homme et lui défend de dispenser son don en usufruit de la nécessité du cautionnement. C'est celui du don mutuel fait pendant le mariage, lequel étant une dérogation à la loi qui prohibe les avantages entre époux, a été permis par la Coutume à des conditions prescrites pour en assurer la parfaite égalité, et notamment à la condition absolue que bonne et suffisante caution sera donnée par l'époux survivant aux héritiers de l'époux prédécédé. Ainsi le veut l'article 280 de la Coutume. La question de la légitimité de la remise du cautionnement, quand la donation mutuelle en usufruit est faite par contrat de mariage, a été, par les Défendeurs, discutée dans l'affirmative bien que la demande n'ait pas expressément soutenu la proposition contraire. M. Prévost a cité des autorités notables auxquelles on peut en joindre d'autres, au soutien de la prétention que, dans ce cas, le cautionnement peut être remis. Aux auteurs qui ont écrit sur l'ancien droit, on peut associer les jurisconsultes modernes qui

ont traité du Code nouveau et enseignent que l'affranchissement du cautionnement est loisible. La raison est d'ailleurs conforme aux texte. La liberté des conventions matrimoniales a de tout temps reçu de la loi la sanction la plus favorable, hors le cas des secondes noces où certaines libéralités sont soumises à un retranchement salutaire en faveur des enfants d'un premier mariage. Les époux peuvent s'avantager non-seulement de leurs biens présents, mais encore de leurs biens futurs. Ils peuvent se donner leurs biens en propriété ; pourquoi, quand ils se les donnent en usufruit seulement, ne pourraient-ils pas se dispenser mutuellement d'un cautionnement qui, dans la prévision d'un prochain mariage, ne peut que jeter un doute injurieux sur la fidélité du survivant à remplir les obligations de leur traité ? Pourquoi exiger impérieusement un porte-fort à la foi conjugale qui embrasse les obligations civiles, aussi bien que les devoirs religieux du mariage ? On ne peut donc, à mon avis, hésiter longtemps à dire que le cautionnement peut être remis par le contrat de mariage. Un des auteurs cités par M. Prévost (Bourjon, Droit commun de la France,) semble dire que, quand les conjoints ne s'en sont pas exprimés, le cautionnement est remis. Cette exception que fait Bourjon à la règle générale, qui dans le silence de l'auteur de l'usufruit prescrit le cautionnement et qu'il attribue à la faveur du mariage, je ne la vois nulle part ailleurs. Au surplus elle n'offre guère d'importance dans l'espèce actuelle où les conjoints se sont exprimés sur le cautionnement, en disant qu'il serait *juratoire*. Ceci nous conduit naturellement à l'examen de la seconde proposition qui roule sur la suffisance de cette stipulation. Après ce que nous avons vu de la liberté d'affranchir la donation mutuelle faite par le contrat de mariage, de l'exigence du cautionnement, il n'est plus permis de douter de la parfaite suffisance de la caution juratoire. Comment des héritiers qui ne pourraient forcer l'usufruitier survivant à la prestation du cautionnement fidéjussoire, quand il en a été affranchi par son contrat de mariage, pourraient-ils être reçus à soutenir que la caution juratoire ne leur offre qu'une garantie insuffisante ? Si le pouvoir de faire le plus renferme la difficulté de faire le moins, le donateur qui pouvait donner et n'exiger aucun cautionnement, pouvait indubitablement se contenter, pour seule garantie, de la *foi jurée* de l'usufruitier. Voyons maintenant quelle est vis-à-vis des nu-propriétaires la condition de l'usufruitière qui a donné sa caution juratoire. Ayant rempli cette formalité, peut-elle être gênée dans sa jouissance par quelque autre exigence de leur part ? Est-elle vis-à-vis d'eux dans une situation plus défavorable que si elle avait été dispensée de tout cautionnement, ou que, si ayant été assujettie au cautionnement fidéjussoire, elle

l'avait donné ? En appliquant ici les principes qui régissent l'exécution des conventions, il est difficile de ne pas venir à la conclusion que dans ces trois cas la position de l'usufruitière est identiquement la même. Si elle a été dispensée de tout cautionnement, elle n'est tenue à rien, et ne doit compte à personne du bénéfice qu'elle retire de son affranchissement. Si elle a été obligée au cautionnement fidéjussoire, en le donnant, elle en est libérée ; et pourquoi n'en serait-il pas ainsi de la caution juratoire ? A quoi était-elle tenue ? A jurer que, cessant l'usufruit, remise serait faite aux héritiers de son premier mari, en nature, espèce, ou valeurs des biens composant l'usufruit. Et elle a juré. N'est-elle pas aussi libérée de son engagement que, si ayant été chargée de la prestation d'une somme de deniers, elle en avait fait le payement intégral ? S'il n'y a rien dans la loi des obligations qui répugne à la libération complète de la femme en ce cas, il faudrait montrer quelque texte emprunté à la loi du mariage ou de l'usufruit qui enseigne le contraire, et pour ma part je n'en connais aucun. Les enseignements de la doctrine et l'autorité de la raison me paraissent concourir pour proclamer l'entière indépendance de la femme vis à-vis des héritiers de son mari, et son affranchissement de tout cautionnement. Ainsi a-t-il été jugé par la Cour Royale de Nancy le 2 mars 1843. Après avoir donné sa caution juratoire, la veuve Amireau avait donc rempli son obligation envers les héritiers, et n'était sujette à aucune demande de cautionnement fidéjussoire, à raison des faits accomplis. A-t-elle pu le devenir à raison de son second mariage ? Nous touchons donc à la quatrième question : La femme usufruitière qui a donné sa caution juratoire, ainsi qu'elle y était tenue, et qui se remarie, perd-elle, *ipso facto*, le bénéfice de sa caution, et peut-elle être assujettie à raison de ses secondes noces, à un cautionnement fidéjussoire ? Quoique vues avec défaveur, parce qu'elles sont toujours funestes aux enfants du premier mariage, *quia magis cura liberorum quam viduitas injungeretur*, les secondes noces ne sont cependant passibles que des peines édictées par la loi ou portées par les dispositions de l'homme. Les retranchements de l'Edit des secondes noces forment une partie capitale des premières et la déchéance des libéralités faites à la femme survivante nous offre un exemple des secondes. Dans ce dernier cas, la peine doit cependant être renfermée dans les termes de la prohibition et ne s'étend pas d'un cas à l'autre, ainsi que jugé le 11 Janvier 1848 par la Cour d'appel de Douai, qui a décidé que le legs fait à la femme survivante par son mari, à charge de garder viduité, ne devient pas caduc par la naissance d'un enfant naturel. Il paraît même que cette prohibition était réprouvée par l'ancien droit romain dont les lois de la Révolution ont, bien des siècles

plus tard, reproduit les dispositions. La loi 62 de cond. porte : *Cum vir uxori, si à liberis nupserit in annos singulos, aliquid legavit quid juris sit ? Julianus respondit : posse nubere mulier et legatum capere.* Il a fallu que Justinien dérogeât à cette disposition des lois anciennes pour valider la prohibition d'un second mariage, en tant qu'emportant la déchéance de la libéralité ; et il l'a fait par la Novelle 22ème, dont l'autorité a toujours été suivie en France, moins pendant l'époque orageuse régie par la législation transitoire. Je ne vois nulle part, qu'en thèse générale la survivante usufruitière qui se remarie devienne par le fait même, passible de cautionnement, si le second mariage n'a affecté défavorablement ses rapports avec les nu-propriétaires, héritiers de son mari. MM. Olivier et Baby, qui en ouvrant leur plaidoierie ont énoncé que ce n'était pas à titre de peine contre le second mariage de la Défenderesse, qu'ils réclament d'elle un cautionnement, ont cité un auteur qui,pour n'avoir pas une réputation aussi étendue que d'autres jurisconsultes, n'en a cependant pas moins son mérite, Dupin, qui, dans son traité *des peines des secondes noces*, enseigne que la femme usufruitière qui se remarie, devenant suspecte, doit un cautionnement. Cette opinion, qui me paraît isolée et que je ne trouve reproduite par aucune autorité notable, ne me paraît pas devoir être d'un grand poids sur le litige. Dupin, avocat au parlement de Bordeaux régi par le droit écrit, a en toute probabilité emprunté sa doctrine aux arrêts de ce parlement étranger à la jurisprudence coutumière. Au surplus, quand il parle du cautionnement dû par la veuve usufruitière qui se remarie, il ne fonde son opinion que sur la faveur que méritent les enfants d'un premier mariage, limitant visiblement la nécessité d'un cautionnement au cas où l'usufruitière a des enfants du mari qui a constitué l'usufruit. Or comme dans la présente espèce il n'y a pas d'enfants du premier mariage de la Défenderesse, l'opinion de l'auteur ne paraît pas d'une grande importance. Dupin tire en outre un argument au soutien de son opinion de l'article 264 de la Coutume de Paris qui porte : que la veuve douairière se remariant doit bonne et suffisante caution ; et par analogie, il applique les dispositions de cet article à la veuve usufruitière par quelque titre que ce soit. Cette assimilation serait seule suffisante pour prouver l'inapplicabilité de son opinion. Chacun sait que, dans la Coutume de Paris, l'art. 264 forme une disposition unique qui doit être restreinte au cas de douaire et qui ne s'applique pas aux autres avantages de la femme. Sur la quatrième question, je conclus encore que par le fait seul de son second mariage, s'il n'a pas empiré la condition des nu-propriétaires, la veuve Amireau ne saurait être tenue à donner un cautionnement fidéjussoire. Ce serait alors, comme peine, qu'elle y serait con-

trainte et je ne vois aucune semblable peine édictée par nos lois. J'ai dit : s'il n'a pas empiré la condition des nu-propriétaires. Mais s'il l'a empiré, s'il a mis leurs droits en péril, si le changement d'état de la veuve, lui ayant créé de nouveaux rapports civils avec son second mari, a altéré ses rapports anciens avec les héritiers du premier, s'il l'a frappée de l'incapacité d'administrer elle-même son usufruit et en a transféré la jouissance à son second mari, si de fait ce dernier est devenu maître pour n'en laisser que le vain titre à sa femme qui, par les conventions de son mariage, s'est réduite à l'impuissance de veiller à la conservation de la chose qu'elle doit rendre en nature ou en équivalent aux nu-propriétaires, les héritiers du premier mari qui étaient sans grief tant que la veuve ayant conservé son état était restée vis-à-vis d'eux dans la même condition de surveillance et d'administration, n'avait en rien altéré la situation que la constitution d'usufruit leur avait faite, seraient-ils recevables à se plaindre du nouvel ordre de choses et à adopter des mesures pour la conservation de leurs droits ? Telle est la cinquième question posée plus haut. Pour bien apprécier cette question, il faut d'abord bien connaître l'obligation de l'usufruitier relativement à la conservation des choses usufruitées dont il doit la restitution aux nu-propriétaires, et les différents caractères que lui imprime la nature des biens à restituer. Ayant ainsi constaté les devoirs de la Défenderesse en rapport avec l'administration et la conservation des biens immeubles, meubles et créances qui composaient la succession dont elle avait l'usufruit, nous verrons si par son second mariage, elle y a manqué, comment elle y a manqué, et en quoi ce second mariage fait sous le régime de la communauté a pu mettre en péril les droits des nu-propriétaires, et quels droits il leur a ouverts ? La principale obligation de l'usufruitier et qui domine toutes les autres, est celle de jouir en bon père de famille, obligation qui emporte celle de veiller à la conservation de la chose dont il jouit pour en remettre la substance au nu-propriétaire. L'usufruit est un dépôt fait de la chose usufruitée entre les mains de celui qui en est revêtu, dont il doit tirer tout le profit légitime qu'elle peut donner, mais qu'il doit restituer intact à l'extinction de l'usufruit. C'est sans doute une tâche difficile à remplir, mais en acceptant l'usufruit, il en a assumé la responsabilité. Avant de rechercher quelle est l'étendue des devoirs de l'usufruitier, il est cependant nécessaire de constater l'étendue de ses droits, qui diffèrent suivant la qualité des choses qu'embrasse l'usufruit. Nous avons vu plus haut que le droit de l'usufruitier dans la chose immobilière est d'en recueillir tous les fruits naturels et industriels, à la charge de la tenir en bon état d'entretien. Il est inutile de dire qu'il ne peut la détériorer lui-même, ni la laisser détériorer par d'autres,

et que, s'il le faisait, il se rendrait coupable d'un abus de jouissance qui pourrait emporter la déchéance de son usufruit, parce qu'en l'espèce qui nous occupe, nul abus de jouissance des immeubles n'est reproché aux Défendeurs, du moins n'en est-il prouvé aucun. Occupons-nous donc des droits de l'usufruitière sur les meubles et les créances actives restées dans la succession de son premier mari, François Amireau. Nous avons vu qu'il existe, quant aux droits de l'usufruitier, une différence essentielle entre les choses fongibles, qui se consument par l'usage et qui ne peuvent servir à l'usufruitier sans consommation, comme les grains, les denrées, l'argent comptant, et celles qui peuvent servir sans consommation, ou qui ne se détériorent que graduellement. Par rapport aux premières, l'usufruitier en devient le maître absolu du moment où il en est mis en possession. Il peut les vendre, les donner, en disposer à son gré, en user, en abuser même comme de choses à lui appartenant en toute propriété, et sa seule obligation consiste à en rendre une pareille quantité de même espèce, à l'extinction de l'usufruit, ou la valeur qu'elles avaient lors de son ouverture. Le droit du propriétaire, à la fin de l'usufruit, se résout en une simple créance mobilière contre l'usufruitier ou ses représentants. L'usufruitier est tout simplement vis-à-vis du nu-propriétaire dans la responsabilité de l'emprunteur vis-à-vis de celui qui lui aurait prêté, à terme, une somme de deniers sans intérêt. Nul abus de jouissance ne peut lui être reproché. Aussi les auteurs exceptent-ils les choses fongibles de celles par rapport auxquelles l'abus de jouissance peut emporter la déchéance de l'usufruit. Cet usufruit, à proprement parler, n'en est pas un. Les mêmes auteurs, pour déguiser l'anomalie que présente à la pensée la jouissance d'une chose dont on ne peut se servir sans la détruire, ont qualifié cet usufruit " de quasi-usufruit." Il n'en est pas de même des meubles que, pour les distinguer des choses fongibles ou périssables, nous appellerons *choses non-périssables*, qui ne se consument que graduellement par l'usage, et de cette espèce, sont les meubles meublants, les animaux pris séparément, les instruments aratoires et autres choses semblables dont l'usufruitier peut retirer un usage légitime, mais qui doivent être restituées dans l'état où elles sont lors de l'extinction de l'usufruit, de la détérioration, de la perte même desquels il n'est pas responsable, s'il n'y a aucune faute de sa part. Par rapport à ces choses non périssables, le droit de l'usufruitier est aussi restreint que par rapport aux immeubles ; il ne peut ni les vendre, ni les donner ; il doit veiller à leur conservation comme un père de famille vigilant ; non-seulement il est responsable de sa propre incurie, mais il doit même les protéger contre l'agression étrangère, quand il peut la réprimer. En ce

sens, il est, comme de sa propre faute, responsable de la faute d'autrui. Ce n'est plus comme par rapport aux choses fongibles, une simple créance mobilière qui compète au nu-propriétaire à la fin de l'usufruit : c'est un droit de suite sur la chose qu'il peut revendiquer en nature dans quelques mains qu'elle se trouve. Et si, par la faute de l'usufruitier, un tiers était en droit d'invoquer une prescription adverse, l'usufruitier ou ses héritiers seraient non-seulement responsable de la valeur de la chose, mais encore ils seraient tenus des dommages et intérêts vis-à-vis du propriétaire. Cet assujettissement de l'usufruitier à la restitution de la chose non périssable nous donne la mesure, des soins qu'il doit apporter à sa conservation et de la vigilance de son administration. Nous verrons plus tard, quand il sera question des créances, s'il peut commettre irrévocablement à des mains étrangères la conservation de la chose non périssable en abdiquant l'administration, et quel droit engendre cette abdication, de la part du propriétaire, et, plus tard encore, si l'abus de jouissance de choses de cette nature donne lieu à la déchéance de l'usufruit ou à des mesures conservatoires contre l'usufruitier ? Dans quelle des deux catégories doit-on faire entrer les créances usufruitées ? Dans la première ou la seconde ? En d'autres termes : du moment de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier en devient-il le propriétaire absolu ? Peut-il en disposer comme de sa propre chose, et le nu-propriétaire n'aura-t-il, par rapport, à elle qu'une créance mobilière, comme par rapport aux choses fongibles ? L'usufruitier n'a-t-il, au contraire, comme par rapport aux choses non périssables, que le droit de jouir des fruits civils qu'elles produisent, à la charge de veiller à la conservation des capitaux qui doivent, à la fin de l'usufruit, être restitués au propriétaire ? Les créances sont-elles l'objet d'un véritable usufruit comme les immeubles et les choses non périssables, ou d'un quasi-usufruit comme les choses fongibles ? Pour résoudre ces questions il nous faut remonter à la définition même de l'usufruit. *C'est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété.* Ainsi, toute chose qui peut procurer une jouissance à l'un, sans cesser d'appartenir à l'autre, qui peut être l'objet d'un démembrement utile à l'usufruitier, et dont la substance peut être restituée dans son intégrité au nu-propriétaire, peut être l'objet d'un véritable usufruit. Qu'est-ce qu'une créance ? N'est-ce pas un être moral, dont le capital produit des fruits civils, et par conséquent susceptibles de démembrement ? L'usufruitier ne peut-il pas jouir des intérêts d'une créance et en restituer le capital au nu-propriétaire ? Prenons pour exemple une rente constituée. Le capital et les intérêts de cette rente ne sont-ils pas essentiellement distincts l'un de l'autre ? L'usufruitier ne peut-il pas jouir de la rente

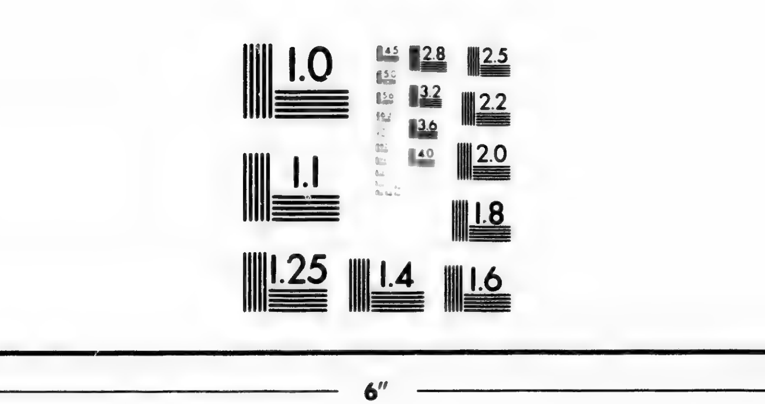
annuelle, percevoir les arrérages et restituer le sort principal à la fin de l'usufruit, comme il peut jouir des revenus d'un immeuble, réaliser les profits que procure un meuble non périssable, disons un bateau-à-vapeur, et les rendre, son usufruit cessant ? Il est bien vrai que quand les créances deviennent exigibles et que l'objet de la créance est une somme d'argent, il a le droit de la recevoir, et non seulement, c'est son droit, mais c'est son devoir. Car le débiteur peut toujours se libérer, et l'usufruitier est tenu des prescriptions que son inaction laisserait encourir. Il est encore vrai que cette somme d'argent prend en ses mains le caractère d'une chose fongible, et du moment qu'il l'a reçue il en devient le maître absolu, comme si cette somme d'argent se fût trouvée dans son usufruit lors de son ouverture ; qu'elle devient alors l'objet d'un quasi-usufruit, et que le droit du propriétaire par rapport à cette somme d'argent se convertit en une créance purement mobilière, dépouillée des accessoires qu'elle pouvait avoir pour en assurer le recouvrement, des hypothèques, par exemple, qu'aurait données le débiteur et que le propriétaire a perdues. Mais qu'est-ce que cela prouve ? Tout simplement qu'en laissant à l'usufruitier la maîtrise absolue de la créance convertie en argent, la loi a cédé à la nécessité qui rend impossible l'usage d'une somme d'argent sans la livrer à la circulation. Ceci est une exception créée par un état particulier de choses qui a dû entrer dans la prévision de l'auteur de l'usufruit, et qui loin de militer contre la règle générale lui sert de démonstration. En effet de ce qu'une créance réalisée devient la propriété absolue de l'usufruitier, peut-on inférer qu'elle l'était avant son échéance ? S'il en est ainsi, l'usufruitier mourant avant le rachat, la créance n'appartiendra pas aux héritiers de l'auteur de l'usufruit, mais bien à ceux de l'usufruitier, et les nu-propriétaires n'auront qu'une action contre ces derniers pour se faire rembourser le montant de leur créance. Non seulement ils n'auront pas d'action contre le débiteur originaire de la créance, mais par celle qu'ils exerceront contre les héritiers de l'usufruitier, ils n'auront pas même le droit de demander la subrogation, puisque leur action est un simple recours en répétition. D'un autre côté si les créances sont des choses fongibles dont l'usufruitier devient le propriétaire absolu en prenant possession des titres qui le constituent, il devient passible de la restitution intégrale du montant auquel elles s'élèvent, qu'il les retire ou non. Il est garant de l'insolvabilité des débiteurs comme il se charge du cas fortuit ou de la force majeure, au cas par exemple où une maison hypothéquée à la créance deviendrait la proie accidentelle des flammes, ou serait brûlée par l'ennemi ; de la même manière qu'il est responsable de la valeur qu'avait la chose fongible à l'ouverture de l'usufruit, et

qui a péri plus tard. Condition bizarre et exorbitante de la simple obligation qui pèse sur l'usufruitier de jouir en bon père de famille! La loi a tellement compris les créances dans la catégorie des choses restituables en nature, quand elles n'ont pas été rachetées, qu'en énumérant les fruits dont jouit l'usufruitier, elle compte les fruits civils de la chose usufruitée, donnant clairement à entendre les fruits des créances. En disant qu'il jouira des fruits, ne dit-elle pas par implication que le capital ne lui appartient pas? Si le capital des créances appartient à l'usufruitier, il a le droit de les vendre, comme d'en consentir le transport et la novation. Les meilleurs auteurs, entr'autres Proudhon, que l'on peut considérer comme un des maîtres sur la matière, lui refusent cependant ce droit. " Les créances," dit-il, vol. 2, No. 1054, " sont bien destinées à " être éteintes au cas qu'on vienne à les rembourser; leur usage " même consiste à forcer le remboursement des capitaux quand " elles seront exigibles, en sorte que l'usufruitier qui reçoit ou " exige les remboursements, n'use que suivant la destination " de la chose; mais elles ne sont pas destinées à être vendues " ou transformées en d'autres créances par la novation; l'usu- " fruitier ne pourrait donc vendre ou innover au préjudice du " propriétaire et sans sa participation." C'est sur ce principe qu'a été rendu un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 19 avril 1847, par lequel il a été jugé: " Que l'usufruitier n'a pas, alors " même qu'il est dispensé de faire inventaire et de donner " caution, le droit de consentir le transport ou la novation des " créances faisant partie de l'usufruit. En pareil cas, le nu- " propriétaire est recevable à agir contre l'usufruitier pour " cause d'abus de jouissance, en révocation de son usufruit " quant à ces créances." Un des motifs de cet arrêt est le suivant: " attendu qu'une créance n'est point par là même une " chose fongible; que sans doute elle peut s'éteindre par le " remboursement; mais que l'usufruitier ne pourrait de sa seule " autorité en consentir le transport ou la novation." De ce qui précède il suit donc rigoureusement que les créances ne sont pas des choses fongibles, que le capital en appartient au nu-propriétaire, et qu'étant obligé de le restituer, l'usufruitier est tenu de veiller à sa conservation de même qu'à celle des meubles non périssables, comme il est tenu de veiller à celle des immeubles. Il sera question des conséquences qu'entraîne l'abus de jouissance des créances, en même temps que nous traiterons de l'abus de jouissance des meubles non périssables. L'obligation de conserver les deux étant maintenant constante, voyons en quoi l'usufruitier, qui se met dans l'impossibilité de veiller à cette conservation, en se dépouillant irrévocablement de leur administration, et en les soumettant à la puissance d'un tiers, viole cette obligation, et à quel recours cette violation peut

donner lieu de la part des héritiers ? Posons la question sous une forme plus pratique, voyons en quoi la Défenderesse, en se mariant sous le régime de la Communauté dans laquelle est entré l'usufruit des meubles non périssables et des créances restées dans la succession de son premier mari, et qui sont tombés sous la puissance du second, a manqué à son obligation de conserver, et quels recours elle a par là créés contre elle à la poursuite des Demandeurs ? L'obligation de conserver la chose qu'il doit restituer soumet à des devoirs aussi variés qu'importants la personne de l'usufruitier. A l'usufruit est attachée une haute responsabilité ; il est de la part de celui qui en est investi une occasion incessante de vigilance et de sagesse, et un légiste distingué. M. Hennequin, a eu raison de l'appeler : "l'art de profiter sans détruire, de jouir en conservant." L'usufruitier devenant le gardien de la chose usufruitée, il est tenu d'entourer cette garde de la vigilance et des soins du père de famille, et il est responsable du préjudice qu'occasionne au propriétaire ce relâchement de vigilance. Il est garant des prescriptions qu'il laisserait encourir comme des pertes causées par l'insolvabilité que ses lenteurs auraient tolérées, aussi bien que des priorités d'hypothèque acquises par des tiers sur son défaut d'inscrire en temps utile. Il ne peut vendre ou céder des créances, ni les soumettre à une novation préjudiciable pas plus qu'il ne peut vendre ou hypothéquer les immeubles. Ses pouvoirs ne sont plus sous ce rapport que ceux du mandataire, du *procurator in rem suam*, dont les droits sont limités à l'intérêt qu'il a de la chose, sur laquelle il n'a qu'une maîtrise restreinte ou bien encore du *procurator in rem alterius* ou *rem domini*, en tant qu'il doit conserver la chose pour son maître. Il ne peut, sous aucun prétexte, abdiquer la garde ou l'administration des choses restituables sans renoncer à l'usufruit, et non-seulement il est responsable de son fait, mais encore il l'est du fait d'autrui dont une vigilance ordinaire eût pu repousser l'agression. Ainsi, si dans son legs tombe une créance qu'un tiers revendique en justice, et se fait faussement adjuger, il sera responsable du payement fait au prétendant, si ayant connu l'instance, il n'y est pas intervenu pour repousser ses injustes prétentions. Non-seulement il est gardien et mandataire, mais il est encore vis-à-vis des propriétaires dans la responsabilité du tuteur, relativement à la conservation des biens du mineur : il est même tenu de la faute légère. Les choses usufruitées sont censées lui avoir été laissées en dépôt avec faculté de s'en approprier les fruits, et à cet égard sa vigilance tient encore à celle du dépositaire. Cette comparaison des devoirs de l'usufruitier avec ceux des autres possesseurs de la chose d'autrui nous conduit à la conclusion que, tant que dure l'usufruit, il doit perpétuellement veiller à

la conservation de la chose usufruitée. Peut-il déléguer cette obligation ou céder son titre à l'usufruit ? Nul doute qu'il ne le peut sans la sanction du propriétaire. Il peut bien, en affirmant son usufruit, céder les émoluments qu'il en retire, il peut transporter les intérêts des créances : mais outre qu'il ne peut en aliéner le capital non remboursé, plus qu'il ne peut aliéner les immeubles, il ne peut indubitablement se soustraire à l'obligation personnelle de les conserver. Car nul acte de sa part ne peut le délier de sa responsabilité vis-à-vis du propriétaire qui, pour avoir son recours concurrent contre le cessionnaire, n'en conserve pas moins dans son intégralité son recours contre l'usufruitier pour la restitution de la chose et des dommages résultant de sa mauvaise administration. Il ne peut s'affranchir envers le propriétaire des conséquences fâcheuses résultant de la perte ou de la détérioration de la chose, mais est-il obligé de l'administrer personnellement ? Ne peut-il pas faire administrer par un tiers sans éveiller les justes plaintes du propriétaire ? Si ce tiers agit en vertu d'une autorité précaire, d'un pouvoir révocable, d'une procuration, par exemple, je crois que l'usufruitier le peut. Ici l'acte du procureur ne lui est pas personnel ; c'est l'acte de l'usufruitier qui tient toujours son mandataire sous son œil, qui peut le renvoyer d'un moment à l'autre. Il me semblerait dur d'ailleurs de refuser à l'usufruitier l'assistance d'un préposé, de l'exclure des bénéfices du mandat. Mais il en serait autrement, si ce tiers était revêtu d'un pouvoir permanent, en vertu d'un titre irrévocable. Si, quoique non valable par rapport au propriétaire qui conserve toujours, comme on l'a vu, son recours contre l'usufruitier, une cession avait été faite au tiers de toutes les créances sujettes à l'usufruit avec remise de titres, disons des billets à ordre ou au porteur ; si la conséquence de cette cession, quoique nulle en droit, avait en fait eu le résultat d'investir le cessionnaire de la propriété des créances ; en ce cas, le propriétaire ne peut-il pas, sinon demander la déchéance de l'usufruit, du moins faire arrêter les créances entre les mains des débiteurs, ou demander cautionnement ? Passons à d'autres hypothèses. Supposons que l'usufruitier devienne en démence, et qu'avec ses autres biens, son usufruit passe aux mains d'un curateur, ou que négociant, il tombe en faillite, et, qu'avec la masse de ses biens, l'usufruit devienne sujet à la régie de ses créanciers. Dans ces deux derniers cas, comme dans le premier, le propriétaire qui voit passer l'administration de ses biens en des mains étrangères, n'est il pas recevable à recourir à des mesures conservatoires ? Je ne vois rien dans les auteurs qui ait rapport au cas de l'interdiction, mais je lis dans Proudhon, qu'au cas où l'usufruitier failli a donné cautionnement, sa caution est déchargée par la faillite, qu'un nouveau cau-

IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)



Photographic
Sciences
Corporation

23 WEST MAIN STREET
WEBSTER, N.Y. 14580
(716) 872-4503



tionnement est dû, et qu'il en est ainsi au cas de la vente forcée de l'usufruit. Proudhon, dont l'opinion est partagée par Troplong en son traité du cautionnement, soutient qu'en ce dernier cas le nouvel acquéreur doit donner caution parce que la première a été déchargée, et que, même dans le cas où l'usufruitier aurait été dispensé du cautionnement, l'acquéreur en doit un, parce que la dispense a été personnelle à l'usufruitier et ne peut pas être étendue à un tiers. Il en est de même, dit-il, du cas de la subrogation que les créanciers peuvent réclamer dans les droits de l'usufruitier poursuivi en déchéance d'usufruit, suivant l'article 618 du Code Napoléon, pour abus de jouissance. Quelle est la raison de cette décharge de la caution et de l'obligation d'en fournir une nouvelle ? Dans le premier cas, c'est que le fidéjusseur n'a cautionné que l'usufruitier etnon son successeur à titre singulier : que l'aliénation de l'usufruit n'est pas un événement qui soit entré dans ses prévisions quand il a cautionné, et que le cautionnement est personnel et ne peut être étendu d'une personne à une autre. Dans le second, c'est que pour l'hypothèse où l'usufruitier a donné un cautionnement, ce cautionnement est devenu caduc, et que dans celle où il en a été dispensé, la chose est passée en des mains étrangères ; que le nouvel administrateur est un tiers dont l'auteur de l'usufruit n'a pu prévoir l'intermixtion, et qu'il n'a pu conséquemment investir de la confiance qui a motivé sa dispense en faveur de l'usufruitier. Que dit Proudhon du cas où, par son second mariage, la femme apporte en jouissance un droit d'usufruit conventionnel qu'elle a reçu par suite de son premier mariage, No. 861 ? " Le mari auquel la femme apporte en dot un douaire immobilier " qu'elle a reçu par suite d'un précédent mariage, et qui " lui apporte en jouissance tout autre droit d'usufruit conventionnel, est-il soumis aux mêmes obligations que le tiers-acquéreur dont on vient de parler ? Nous croyons qu'en thèse " général le mari doit être soumis aux mêmes règles que le " tiers-acquéreur ; car il est vrai que la jouissance du droit " d'usufruit dont il s'agit devient la sienne : qu'elle lui est " transférée et lui appartient personnellement ; qu'en consé" quence il se trouve, comme le propriétaire du droit d'usufruit, " débiteur des charges affectées à cette jouissance, d'où il ré" sulte qu'il doit être tenu de satisfaire aux mêmes condi" tions. Nous disons néanmoins en " thèse générale," parce " qu'il y a quelques observations particulières à faire en ce " cas. Le maître de la nue propriété tient toujours la femme " comme obligée personnellement, puisqu'elle reste toujours " usufruitière en titre, en sorte que vis-à-vis de lui, elle est " responsable de toutes les dégradations qui seraient imputa" bles au mari : d'autre part, la femme à un recours hypothé-

" caire sur les biens du mari à raison de cette espèce d'indemnité, comme pour ses autres droits matrimoniaux, recours " que le propriétaire du fonds peut faire valoir comme exerçant les droits de la femme, sa débitrice ; ce qui donne une " sûreté qui peut être jugée suffisante, si le mari est lui-même " propriétaire foncier, sans qu'il soit besoin de recourir à un " cautionnement proprement dit, qu'il n'aurait pas d'intérêt " réel à exiger, puisque le mari en tiendrait suffisamment lieu." Voyons si cette opinion de Proudhon peut s'appliquer à l'espèce qui nous occupe. Par son second mariage la veuve Amireau s'est-elle mise hors d'état de veiller elle-même à la conservation de l'usufruit, a-t-elle apporté cet usufruit à son second mari, et ce dernier possède-t-il des biens qui rendraient les héritiers sans intérêt à demander un cautionnement puisque le mari en tiendrait suffisamment lieu ? Par son mariage, la Défenderesse a stipulé communauté de biens dans laquelle sont nécessairement entrés ses biens mobiliers, la jouissance de ses immeubles, son droit d'usufruit des meubles non périssables et les créances mobilières restées dans la succession de son premier mari, pour lesquels meubles et créances elle n'a fait aucune réserve. Elle en a donc soumis l'administration à la puissance de son second mari, sans l'autorisation duquel elle ne pourrait même les gérer. Or, qui jouit ici de ces meubles, de ces créances ? qui les administre ? N'est-ce pas le second mari ? Quel rôle joue ici l'usufruitière qui, propriétaire du titre à l'usufruit, en a cependant transférée les droits à la communauté ? un rôle purement passif. D'actrice qu'elle était, elle est devenue spectatrice de la dissipation possible des droits sur lesquels elle a perdu tout contrôle. " Notez bien," dit Troplong, cautionnement, No. 152 *in fine*, " que le second " mari n'est pas dans la position d'un fermier à qui la femme " aurait loué son usufruit ou d'un mandataire par lequel " elle le ferait gérer. La jouissance lui appartient, la femme " est sous sa dépendance et son autorité : elle ne peut pas " jouir, elle ne peut pas agir." Les rapports des maitres de la nue propriété vis-à-vis du possesseur de l'usufruit ont donc reçu une transposition radicale ; il sont en présence d'un nouvel administrateur qui n'a apporté aucuns biens qui puissent les protéger contre la dissipation du capital de l'usufruit. Ainsi considérée, la position nouvelle, faites aux Demandeurs, ne nous semble-t-elle pas légitimer leurs craintes et justifier leurs recours à des mesures conservatoires ? Le changement d'état de la veuve sous les conditions qui ont accompagné son mariage, n'est pas cependant le seul motif de leur demande. Ils prétendent que le second mari est un dissipateur qui met en danger la restitution des biens chargés d'usufruit. Ce second motif qui me parait l'élément important du procès, doit vitale-

ment influer sur le premier moyen, en aggraver la force, en atténuer la portée suivant les circonstances, s'il ne doit pas en dominer la solution en entier. Car quelque menaçante que soit la perspective, si l'état des faits, faisant céder la présomption à la preuve contraire démontre que les propriétaires ne courent aucun danger, ne sont exposés à aucune périclitation, ils seront sans grief et leur demande de cautionnement deviendra superflue. Il s'agit donc de savoir qu'elle a été l'administration du second mari, de connaître la condition qu'elle a faite à l'usufruit, pour juger de la suffisance des garanties offertes aux héritiers. Ils reprochent aux Défendeurs d'avoir retiré des capitaux de créances, outre le divertissement des meubles au montant de 12211 frs. et de n'en pas avoir fait de placement utile ; ce qui, suivant leur système, opère l'appauvrissement de la succession, établit un fait de dissipation et constitue un abus de jouissance. Les Défendeurs ne dénient pas cette assertion, ils donnent eux-mêmes, au contraire, un état détaillé des créances retirées, mais, ajoutent qu'ils les ont replacées avec un surplus considérable ; de sorte que, loin de diminuer les ressources de l'usufruitière, ils les ont augmentées et, par là, multiplié les garanties des nu-propriétaires. Mais au nom de quoi ont été faits ces replacements de capitaux ? Est-ce au nom de l'usufruitière ou de la communauté, en qualité d'usufruitière pour elle, avec indication de l'origine des deniers prêtés et de leur destination ? Y a-t-il, en deux mots, véritable remploi des sommes retirées ? Fait singulier et plein de signification ! Toutes les obligations et billets qui constituent les placements faits pendant la seconde communauté, sont au nom du second mari, au profit de la seconde communauté, si l'on veut ; mais de l'origine, pas un mot, sur l'usufruit, silence complet ! de sorte que s'il y a eu enrichissement, ça été l'enrichissement de la seconde communauté, au moyen des capitaux provenant de la première. Pour justifier l'anomalie des agissements du second mari en prêtant, en son nom, des capitaux provenant pour moitié de l'usufruit, ses défenseurs se sont retranchés derrière le droit qu'avait l'usufruitière, et la communauté, pour elle, de retirer les capitaux lors de leur échéance, et de disposer des deniers en provenant, devenus choses fongibles, comme leur propriété absolue, proposition dont l'exactitude légale est irréprochable. Mais c'est précisement ce pouvoir de retirer les capitaux et de les faire tomber dans la communauté comme conquêts, qui constitue un danger pour les héritiers, en les mettant à la merci du mari qui peut les retirer tous et se les approprier, et c'est contre la possibilité de ce résultat justifié suivant les Demandeurs, par la conduite passée du Défendeur, qu'ils veulent se mettre en garde, en demandant un cautionnement. Comment, ont ajouté MM.

Prévost et Archambault, les deniers retirés pouvaient-ils être placés autrement qu'au nom de la communauté ? et les prêter au nom du mari, n'était-ce pas effectivement les prêter au profit de la communauté ? Supposons que les placements eussent été faits au nom de la femme commune, et que cette stipulation fût valable, ne seraient-ils pas tombés, par le fait même, dans la communauté ? Or, cette communauté enrichie de ces placements et dont la fortune s'accroît au lieu de diminuer, comme le démontre l'excédant des prêts sur les créances retirés restera toujours responsable de la restitution de l'usufruit que la femme y renonce ou qu'elle l'accepte. A la question relative au mode de placement la réponse est facile. Si le mari voulait remplacer les deniers provenant de l'usufruit sans les dénaturer ou en détourner les profits, ne pouvait-il pas en déclarer l'origine et dire que le remboursement s'en ferait à la succession, à la charge de l'usufruit de sa femme ou de la communauté, comme la prestation des créances primitives aurait dû se faire elle-même ? Et n'en pouvait-il pas être ainsi des deniers prêtés par la Défenderesse avant son second mariage et qui sont entrés dans la seconde communauté ? En ce cas, dans l'hypothèse de l'extinction de l'usufruit avant l'échéance des nouvelles créances, le capital serait devenu dû aux héritiers eux-mêmes. Pendant que, dans l'état de choses actuel, et sous le mode de placement usité, si l'usufruit s'éteint par le prédécès de la femme, et que ses héritiers renoncent à la communauté, les créances appartiendront pour le total au mari, et si ce dernier meurt avant sa femme, elles appartiendront, pour la moitié, à ses héritiers, si la femme accepte, et pour le total, si elle renonce. Les Demandeurs auront bien leur recours contre eux, mais comme ce sera un recours sans subrogation dans les créances, ils perdront leurs droits si la succession Martel devient insolvable. Et outre que les créances peuvent devenir le gage des créanciers personnels du mari, qui nous assure que de florissante qu'elle est aujourd'hui la communauté ne tombera pas en ruine ? C'est donc encore pour se protéger contre cette décadence possible de la communauté, décadence contre laquelle le mari n'offre aucune garantie, que les Demandeurs demandent cautionnement. Les vicissitudes possibles de la seconde communauté repoussent donc l'assertion des Défendeurs, que les héritiers sont en sûreté, parce qu'ils ont la communauté pour garante. La prétention des Demandeurs, qui me paraît conforme à l'équité, n'est-elle pas également fondée en droit ? Leur demande est de la nature d'une action conservatoire, et les mesures conservatoires sont toujours regardées avec faveur. Je ne connais pas de cas où notre droit, souverainement raisonnable, parce qu'il est souverainement juste, refuse au créancier dont des droits non ouverts ou la créance non

échue sont en péril, le moyen de les conserver. Le nu-propriétaire serait vis-à-vis de l'usufruitier le seul auquel il denierait sa protection. L'usufruitier, coupable d'abus, peut être déchu de son droit. Nos codificateurs en ont fait un texte exprès, copié sur l'article 618 du code Napoléon sus-cité. Le texte semble limiter l'abus aux dégradations commises sur le fonds, ou à son dépérissement, par faute d'entretien. Mais il est certain que cette disposition s'étend à tous les cas, où, par son défaut d'administrer en bon père de famille et d'apporter le soin du maître à la conservation de la chose, l'usufruitier met volontairement en danger les droits du nu-propriétaire. A plus forte raison, doit-il s'appliquer au cas de détournement de la substance de la chose à son profit. Dans le cas où la déchéance est le fruit d'abus graves et entachés de récidive, les juges peuvent la prononcer à titre de peine; ils peuvent, dans des cas moins extrêmes, modérer la rigueur de la sentence et ordonner le séquestre avec perception des fruits pour les remettre à l'usufruitier. Ils peuvent aussi n'ordonner le séquestre qu'à défaut de cautionnement, l'intérêt du propriétaire étant la mesure du dispositif. Les tribunaux peuvent, en outre, ordonner le cautionnement pour des faits impuissants à engendrer la déchéance. Ecoutons encore Proudhon sur la nature de ces faits aux No. 863 et suivants. " Au reste, dit-il, il est sensible que pour que le propriétaire soit recevable à exiger " le séquestre ou la caution, il n'est pas nécessaire que l'usufruitier ait commis des abus assez graves pour lui mériter la perte de ses droits." 863. " Lorsque l'usufruitier " est dispensé de fournir un cautionnement, l'héritier doit-il " être toujours non recevable à en exiger un par la suite " ou à demander le séquestre ? Il en est de la clause de dispense du cautionnement, comme de toute autre disposition " qui doit être entendue sainement et interprétée suivant ce " qu'exige le droit et la raison. Lorsque, par un concours de " circonstances imprévues, la dispense de donner une caution " expose visiblement le propriétaire à perdre ses droits, on ne " doit pas hésiter d'en venir à l'établissement du séquestre, et " cette mesure est alors tout à la fois dans l'intention présumée " du disposant, dans la nature des choses, et dans les principes " de la plus rigoureuse équité et de la saine raison. Et d'abord, " si l'on veut bien rechercher l'intention présumée du disposant, et que pour cela l'on s'attache à graduer les effets de sa " bienveillance sur la prédilection manifestée par la disposition " même, il est naturel de voir que, dans sa pensée, le propriétaire, appelé à recueillir un plus grand avantage, doit passer " avant l'usufruitier auquel il n'a donné qu'une moindre valeur, et que, par conséquent, il n'a jamais voulu que les intérêts du premier fussent sacrifiés à ceux de celui-ci, ni à plus

" forte raison, exposée aux dangers de ses caprices." 864. " Si " nous interrogeons les principes de la matière, ils nous disent " que, quand on ne donne qu'un droit d'usufruit, on ne confère " que la faculté de jouir à la charge de conserver, puisque l'usu- " fruit n'est pas autre chose ; le devoir de conserver est donc ici " et, par la nature même des choses, un corrélatif inséparable de " la faculté de jouir ; si donc il arrive des circonstances telles " que l'usufruitier se trouve hors d'état de satisfaire à ce devoir, " ou même dans un état ou une disposition tels qu'on ne puisse " plus compter sur lui pour l'accomplir, il est conforme à l'ordre " des choses de modifier en lui la faculté de jouir suivant la " modification survenue ou découverte dans ses moyens de res- " ponsabilité. Si nous voulons interroger les principes de l'é- " quité et de la raison, nous arrivons nécessairement au même " résultat. Les droits du propriétaire sont aussi respectables " et aussi sacrés que ceux de l'usufruitier, et ils sont en outre " éminemment supérieurs, puisque d'une part il s'agit de pré- " venir la perte de la chose elle-même, tandis que d'autre côté, " il n'est question que d'assigner un autre mode de jouissance " à l'usufruitier en forçant à souffrir le séquestre ; or, dans le " concours de deux intérêts opposés, l'équité résiste à ce que " celui qui est prépondérant et principal soit immolé à l'autre, " et surtout à une simple convenance dans l'exercice de l'autre." 865. " La dispense du cautionnement ne peut être fondée que " sur la confiance qu'inspire la personne de l'usufruitier, soit " sous le rapport de sa qualité, comme sont le père ou la mère " pour l'usufruit légal des biens de leurs enfants, soit sous le " rapport de sa conduite passée qui avait toujours paru être " celle d'un administrateur éclairé et soigneux dans ses af- " faires, soit enfin sous le rapport de ses moyens de respon- " sabilité, dérivant d'une fortune crue suffisante pour mettre " l'héritier à couvert de toute perte. Mais lorsque par la suite " il se trouve avéré en fait que l'individu auquel on accordait " une entière confiance n'en devait mériter aucune, lorsque " celui qu'on croyait riche, vient à tomber dans la pauvreté, " comment la justice serait-elle forcée de sanctionner l'erreur " bien démontrée du disposant ? Et quand la dispense n'a été " accordée que pour un état de choses qui se trouve interverti " et qui n'existe plus par la suite, ne serait-ce pas faire de " cette dispense la plus fausse application, si l'on voulait en " étendre les droits, au préjudice du propriétaire, à un nouvel " état de choses qui n'était et ne pouvait être dans la pensée " du disposant ? L'obligation de fournir un cautionnement est " dans la règle générale ; la dispense est dans l'exception ; il " faut donc que le disposant ait clairement voulu la dispense " avant toutes ses conséquences, pour qu'elle doive avoir lieu, " et il ne peut être clair qu'il l'ait voulu, même pour un état

" de choses qu'il ne pouvait prévoir ; par conséquent, ce nouvel " état de choses doit faire entrer les parties sous l'empire de " la règle du droit commun, *benigne interpretari et secundum* " *id quod credibile est cogitatum, credendum est.*" 866 " Il faut " observer enfin que la dispense de donner caution est ici une " faveur purement personnelle à celui qui la reçoit, puisqu'elle " n'est fondée que sur la considération de la personne de l'u- " sufruitier, un de ses propres moyens de fortune ; d'où il " résulte qu'il n'y a que lui qui puisse en profiter et qu'il ne " pourrait en transmettre le bénéfice à d'autres ; *ubi persona* " *conditio locum facit beneficio, ubi deficiente ea beneficium* " *quoque deficiat ;* qu'ainsi, à supposer que l'usufruitier qui " avait reçu cette dispense vînt à tomber en faillite, les syn- " dics de ses créanciers ne pourraient s'en prévaloir ni se refu- " ser à la prestation du cautionnement pour l'avenir." (618) " Par ces considérations générales nous croyons que, nonobs- " tant que l'usufruitier soit entré en jouissance avec dispense " de cautionnement, il peut encore être mis dans l'alternative " forcé d'en fournir un, ou de souffrir la mise en séquestre " dans les cas suivants " 867 " 1o. Lorsqu'il a malversé dans sa " jouissance de manière à porter un préjudice notable au pro- " priétaire. D'une part, il est incontestable que l'usufruitier, " dispensé de fournir une caution, n'est pas pour cela dispensé " de l'obligation de jouir en bon père de famille, et que, man- " quant à ce devoir, il se met lui-même hors de termes du " quasi-contrat, ou de la convention tacite qui a été formée " avec lui lors de son entrée en jouissance. D'autre part, il " n'est pas moins certain qu'un propriétaire ne peut être placé " à côté d'un usufruitier qui abuse, pour y rester spectateur " impassible de sa ruine sans avoir aucun moyen d'y mettre " obstacle. Enfin tout usufruitier qui malverse peut être " déclaré déchu de son droit pour cause d'abus de jouissance. " La loi qui, sans aucune distinction, accorde au propriétaire le " droit de faire prononcer cette espèce de commise, serait en " contradiction avec elle-même, si elle lui refusait le secours " bien moins important qu'il pourrait trouver dans la presta- " tion d'un cautionnement, ou la mise en séquestre du fonds " grevé d'usufruit. Au reste, il est sensible que pour que le " propriétaire soit recevable à exiger le séquestre ou la cau- " tion, il n'est pas nécessaire que l'usufruitier ait commis ces " abus de jouissance assez graves pour lui mériter la perte de " son droit." 868 " 2o. Si, sans avoir commis des abus, aucun " abus dans sa jouissance, au préjudice du propriétaire, l'usu- " fruitier est devenu insolvable, s'il est tombé en faillite ou en " déconfiture, et qu'il y ait encore dans la succession dont " l'usufruit lui a été légué un mobilier notable à conserver, " des capitaux, des créances actives à toucher, ou, dans le

" fonds, des réparations considérables à faire pour lesquelles il " soit nécessaire de prévoir des épargnes sur les revenus, le " séquestre pourra être demandé et devra être ordonné à " raison du nouvel état survenu dans les facultés de l'usufrui- " tier quoique rétabli par un mandat à la tête de ses affaires ; " car il est sensible que la dispense de tout cautionnement et " des causes qui l'ont motivé pour les cas ordinaires, ne doit " plus être considérée comme obligatoire à l'égard du proprié- " taire, dans un nouvel état de choses qui sort de la règle " commune, qui était imprévu et qui ne suppose plus les " mêmes moyens de garantie." Ce que Proudhon ne dit pas ici, c'est que l'usufruit prend fin par l'abus de l'usufruitier, bien qu'il ait donné le cautionnement. C'est du moins ce qu'enseigne Rousseau de Lacombe dans son *Recueil de jurisprudence*, au mot *usufruit*, et il se fonde sur la loi C. D. *de suspectis tutoribus*, sur la loi 205 *de regulis juris*, et sur la loi C. *quando liceat unicuique sine judice*. Il cite également un arrêt du parlement de Bordeaux de 18 janvier 1521, Maynard, Despeisses et diverses autres arrêts du même Parlement de Bordeaux et de Toulouse. L'opinion du même Rousseau de Lacombe est citée dans l'article inséré au mot *usufruit*, au Répertoire de Guyot, copié dans celui de Merlin, où l'auteur s'appuie également de l'opinion de Papon, d'Argentré, Boyer et du Président Favre. Cette doctrine qui a prévalu dans la jurisprudence tant ancienne que moderne me paraît parfaitement fondée en raison. Ne vaut-il pas mieux arrêter le mal commis par l'abus en mettant l'usufruitier hors d'état de consommer la ruine de l'héritier, en le forçant à rendre ses biens, que d'attendre la fin de l'usufruit, et laisser le propriétaire à l'incertitude de son recours contre la caution, suivant la maxime *melius est occurrere in tempore quam post exitum vindicare*. La perte des droits à cause d'abus n'est pas particulière à l'usufruit. N'est-il pas vrai qu'en droit, le défaut de l'accomplissement de la condition imposée à la libéralité en emporte la déchéance ? La demande en déchéance n'étant pas portée, la question de savoir si l'usufruitier doit perdre ses droits ne se présente pas, mais le principe sur lequel repose le litige est le même. Un arrêt du 15 janvier 1836, rendu par la Cour d'Appel de Lyon, a décidé que l'usufruitier pouvait même être astreint à fournir caution bien qu'il en soit dispensé par le titre constitutif, si les immeubles comprenant la plus grande partie des objets de l'usufruit ont été vendus et convertis en capital mobilier. La Cour de Cassation a jugé, le 21 janvier 1845, que l'usufruitier a le droit de jouir comme le propriétaire lui-même des choses soumises à l'usufruit. Par conséquent il a le droit de toucher les capitaux à leur échéance sans le concours des nu-propriétaires. Et il a ce droit sans

qu'il y ait lieu de distinguer entre les capitaux dus avant et remboursés pendant l'usufruit, et les capitaux trouvés en espèces au moment de son ouverture. Bien que les capitaux soumis à l'usufruit soient consommés par l'usage, cette consommation doit être celle d'un administrateur soigneux et diligent, et le nu-propriétaire est fondé à se plaindre, s'il y a eu dégradation et détournement frauduleux à son préjudice. Tel est le cas où l'usufruitier ayant eu, depuis l'ouverture de l'usufruit, un enfant naturel qu'il a reconnu, a substitué aux placements des capitaux garantis par des hypothèques ou des privilèges, des placements sur simples billets en son nom personnel et en recélant l'origine des deniers. En pareil cas, et alors surtout qu'il y a disparition d'une notable partie des créances, l'usufruitier peut être soumis à des mesures de précaution et de garantie. Ainsi il peut être condamné à représenter les valeurs touchées, pour que le règlement en soit fait contradictoirement avec le nu-propriétaire. Il peut également être astreint à fournir caution, bien qu'il en ait été dispensé par le titre constitutif de l'usufruit, à titre gratuit, une pareille disposition n'ayant été accordée que dans la supposition que l'usufruitier se conduirait en bon père de famille. L'arrêt de la Cour de Bordeaux ci-haut cité a rendu, le 19 avril 1847, la décision suivante : L'usufruitier n'a pas, alors même qu'il est dispensé de faire inventaire et de donner caution, le droit de consentir le transport ou la novation faisant partie de l'usufruit. Ainsi il ne peut convertir un billet ordinaire en billet au porteur. En pareil cas, le nu-propriétaire est recevable à agir contre l'usufruitier, pour cause d'abus de jouissance, en révocation de son usufruit quant à ses créances. Enfin, le 11 janvier 1848, la Cour d'Appel de Douai a jugé que : lorsque l'usufruitier d'une somme d'argent donne lieu de craindre que cette somme ne soit dissipée, les juges peuvent, pour garantir les droits du nu-propriétaire, ordonner qu'elle sera replacée avec le concours de ce dernier. Peu importe que l'usufruitier ait été dispensé de donner caution. En contraste apparent avec ces quatre arrêts, j'en remarque trois autres, un de la Cour d'Appel de Paris, en date du 6 janvier 1826, un second de la Cour d'Appel de Bordeaux, du 11 mai 1832, et le troisième rendu par la Cour Royale de Nancy, le 22 mai 1833. Par le premier de ces arrêts la Cour d'Appel de Paris a décidé que l'insolvabilité notoire de l'usufruitier d'une succession ne peut le faire contraindre au paiement des sommes qu'il doit à la succession ou à donner caution, pour leur sûreté, quand l'usufruit lui a été donné avec dispense de caution. Si cet arrêt décidait en thèse rigoureuse que l'insolvabilité de l'usufruitier qui a été dispensé de caution ne peut jamais être un motif justifiant les mesures conservatoires, il serait en contra-

diction avec Proudhon qui cite l'insolvabilité de l'usufruitier imprévue de l'auteur de l'usufruit comme créant une des situations particulières devant lesquelles s'efface la dispense du cautionnement. Mais en consultant l'espèce de cet arrêt, l'on voit que tel n'en a pas été le motif. Il s'agissait d'un mari pauvre lors de son mariage et que sa femme avait avantagé d'une donation d'usufruit. Après la mort de la femme, il fut poursuivi par les héritiers pour le montant des reprises de la défunte et condamné à les rembourser, mais après l'extinction de l'usufruit seulement. Les héritiers attaquant le jugement de première instance soutenaient que, vu son insolvabilité, il devait leur payer le capital à charge de recevoir les intérêts. La Cour d'Appel de Paris a avec raison rejeté cette prétention, puisque l'état de fortune du mari était connu de sa femme lors de la constitution d'usufruit, et que cette insolvabilité ne tombait pas dans la classe des cas imprévus par l'auteur de l'usufruit. L'arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux dont le texte porte : que le juge ne peut sur la demande du propriétaire ordonner caution lorsque par l'acte constitutif de l'usufruit ce dernier n'en a été dispensé d'une manière générale, a décidé tout simplement que l'usufruitier peut, sans qu'il soit tenu d'appeler le nu-propriétaire au payement, retirer les capitaux de créances exigibles, et sans être obligé de procéder avec leur concours au placement des créances retirées. Enfin, le troisième, celui de la Cour d'Appel de Nancy, a de même jugé que l'usufruitier dispensé de cautionnement a le droit de recevoir les capitaux des créances à terme, sans l'assistance du nu-propriétaire, et sans être tenu de remplacer ces mêmes capitaux ; mais un des considérants de l'arrêt en modifie la portée et explique la pensée qui a présidé à sa rédaction. Attendu le fait, dit le considérant, que cette dispense de cautionnement est répétée deux fois dans le testament de la Dame Gillet, qu'elle a été donnée même accompagnée de la dispense de faire inventaire, clause exorbitante et inadmissible en droit, mais dont la présence doit au moins être considérée comme l'expression d'une confiance à laquelle les magistrats ne peuvent assigner de limites en astreignant le mari à ne recevoir les capitaux des créances qu'avec l'assistance du nu-propriétaire, et à les remplacer en créances de la même nature que les précédentes ; ce qui serait une source d'entraves à la jouissance de l'usufruitier et serait sujet à des difficultés continuelles qui apporteraient la plus grave atteinte à ces droits. *Qu'à cet égard, si le propriétaire avait des craintes pour la sûreté de la chose, si la mauvaise administration de l'usufruitier ou son insolvabilité survenue depuis l'ouverture du droit mettait en péril l'objet qui lui a été confié, il pourrait être ordonné des mesures conservatoires ; mais que jusqu'alors il*

n'a été allégué aucun fait de nature à légitimer semblables craintes. D'après cet arrêt, *si le propriétaire avait des craintes fondées pour la restitution de la chose, si l'objet usufruité est en péril* (et ici, il s'agit de créances) *il peut donc être ordonné des mesures conservatoires* dont la plus efficace et la moins onéreuse est certainement le cautionnement. D'après ces autorités, il serait difficile de ne pas conclure que, si l'ensemble des faits d'une cause démontre que l'admistration de l'usufruitier met en danger l'objet de l'usufruit, en raison de circonstances que l'auteur de l'usufruit ne peut pas être présumé savoir lors de la constitution, la dispense de l'usufruitier cède à l'intérêt du maître de la nue propriété qui a droit à un cautionnement. L'on conçoit que les faits qui constituent une situation périlleuse pour la propriété doivent être laissés à l'arbitrage du juge, dont la tâche difficile est de protéger les droits du propriétaire sans léser ceux de l'usufruitier, de concilier les intérêts rivaux. Pour un je ne connais guères de cas qui doivent plus éveiller la sollicitude des magistrats que celui d'une veuve usufruitière des biens délaissés par son mari, consistant principalement en créances, qui, pendant sa viduité, ayant prêté en son nom, plus d'un septième des capitaux dus au propriétaire, passe à de secondes noces, par lesquelles elle abdique virtuellement l'administration des biens usufruités en faveur de son mari, maître de sa jouissance, lequel n'offrant aucune garantie personnelle, convertit à son usage en moins d'un an un dixième des créances appartenant à la succession du premier mari, et des deniers qui les représentent s'en fait des revenus personels. Et tel est le cas des Défendeurs. Aussi j'estime que dans la présente espèce, les Demandeurs ont droit d'obtenir caution pour la restitution des créances, et qu'à défaut de caution, le séquestre doit être ordonné. Vient maintenant la question des meubles, puisque la demande de cautionnement embrasse tous les biens sujets à l'usufruit. Sur ce point, les héritiers Amireau n'ont fait d'autres preuve que celle qui résulte des admissions données par les Défendeurs et de leurs réponses aux articulations de faits produites par les Demandeurs. Par leur articulation première, les Demandeurs demandent s'il n'est pas vrai " que la Dé-" fenderesse tant avant qu'après son convol en secondes noces " a vendu plusieurs effets et animaux appartenant à la com-" munauté d'entre elle et feu François Amireau, son premier " mari, et à la succession de ce dernier, et qu'elle en a retiré " ou que les Défendeurs en ont retiré le prix." Les Défendeurs répondent : " Quelques effets mobiliers ont été vendus, mais " ils ont été remplacés par des effets mobiliers de cinq fois la " valeur, ainsi qu'il appert au document marqué K, produit " avec les présentes." Outre cette réponse, une admission qu'ils

ont donnée et qui est produite à l'enquête, admet simplement que les Défendeurs ont vendu des effets mobiliers et animaux provenant de la succession dudit François Amireau. Et nulle autre preuve n'a été faite par les Demandeurs relativement au divertissement du mobilier. En ordonnant le cautionnement par rapport aux créances, je n'ai pas été mû par le fait unique du mariage de la Défenderesse. Je dis au contraire : ce fait quelque grave qu'il paraisse, est subordonné aux circonstances, sous lesquelles il s'est opéré, et dont il a été précédé, comme aux éventualités qui l'ont suivi. Deux faits sont communs aux meubles et aux créances, le mariage et le défaut de garantie donnée. Voyons si aux premiers comme aux secondes, on peut en joindre un troisième, le divertissement ou détournement ? Nous n'avons aucune preuve expresse de la quantité et qualité des meubles et animaux. Voyons si, par induction, nous la trouvons dans les états de compte produit par les Défendeurs. Par ces états, les Défendeurs font voir que le montant des sommes prêtées et payées par la Defenderesse et la seconde communauté, en ajoutant une valeur de 1115 frs. en meubles et animaux acquis par la seconde communauté, excède de 3937 frs. 4 sols, le montant des taux retirés. Quelle peut être la provenance de ce surplus ? Quand le Défendeur a épousé la veuve Amireau, il n'a rien apporté au mariage, du moins n'en a-t-il fait aucune preuve. Il faut donc que cet accroîssement provienne de la première communauté. Le montant des créances retirées par la veuve avant son second mariage était de 8800 frs. : elle avait prêté 7200 frs. et payé 1188 frs., pour frais d'inventaire, frais funéraires et son deuil, faisant 8388 frs. ; ce qui ne lui aurait laissé en mains qu'une somme de 412 frs. quand elle s'est remariée. Depuis il a été retiré 3411 frs. 16 sols, qui, ajouté à 412 frs. donnent 3823, frs. 16 sols. Le Défendeur a prêté 5300 frs.; la Défenderesse a payé 1346 frs. de dettes à la décharge de la première communauté ; la seconde communauté a acquis des meubles, animaux et voitures au montant dit ci-haut de 1115 frs. faisant en tout une somme de 7761 frs. Si de cette somme l'on déduit celle ci-haut de 3823 frs. 16 sols, on trouve une balance de 3937 frs. 44 sols qui est exactement le montant porté par les Défendeurs à leur crédit. Encore une fois d'où provient cette somme, si ce n'est de la vente du mobilier de la première communauté resté indivis entre la veuve et les héritiers ? Dansquelle proportion ce mobilier a-t-il été vendu avant et après le second mariage ? C'est ce que les Défendeurs seuls connaissent, et qu'ils n'ont pas jugé à propos de révéler, s'étant contenté de dire que quelques meubles et animaux avaient été vendus et et remplacés par d'autres dont il faut entrer la valeur dans le surplus de 3937 frs. 4 s. qu'ils signalent, ainsi qu'ils le disent,

pour preuve de grande économie. Economie facile à pratiquer puisqu'il ne s'agissait que de dépouiller la première communauté pour enrichir la seconde ! Je fais cependant une différence entre la somme de 1346 f., payée pendant la seconde communauté pour acquitter une dette de la première, et les sommes puisées dans les ressources de celle-ci pour compléter les prêts faits par le second mari et acheter des meubles pour la seconde communauté. Car l'usufruitier a le droit de vendre des meubles pour payer les dettes, et il importe peu que cette somme ait été payée par la vente des meubles ou le retrait des créances, le résultat étant le même. Il faut donc défalquer cette somme de 1346 frs. de celle de 3937 f. 4 s. ; ce qui laisse une valeur de 2591 f. 4 s. retirée en sus des créances, c'est-à-dire de la vente des meubles et appropriée au bénéfice du mari et de la seconde communauté, moitié de cette somme représentant la part des Demandeurs dans les meubles de la première communauté. L'on conçoit qu'en rendant ainsi compte de la manière dont les Défendeurs se sont approprié le produit des meubles, j'en suis réduit à des suppositions qui me sont imposées par les Défendeurs eux-mêmes qui n'ont pas jugé à propos de fournir au tribunal un compte plus explicite et plus complet. Ils montrent une balance considérable à leur crédit, et ne font pas voir qu'elle provient d'autres biens que ceux de la communauté qu'ils ont mis à contribution pour de très larges sommes prêtées en leur nom. Sur leur silence, j'en trouve naturellement l'origine dans la succession, et prononce en conséquence. Si la conclusion est erronée, à qui la faute ? si ce n'est aux Défendeurs eux-mêmes, qui, s'ils ont acquis cette somme de 1285 frs. 12 sols, de leurs propres ressources, auraient dû nous le dire. Je vois dans la gestion faite par les Défendeurs du mobilier de la première communauté, le même péril pour les Demandeurs, que dans la gestion des créances, et comme pour elles, je dois ordonner le cautionnement. Pour ce qui est des immeubles chargés d'usufruit, les dangers que courent les héritiers ne peuvent pas être les mêmes que par rapport aux meubles et aux créances ; la situation est au contraire toute différente. Il n'a été fait preuve d'aucune détérioration ou dégradation de ces biens dont la restitution à la fin de l'usufruit est certaine puisque la propriété n'en peut être atteinte par les aliénations qu'en pourraient faire les Défendeurs. Je juge donc que les Demandeurs sont sans intérêt à demander caution pour les immeubles. Reste la demande de cautionnement pour le douaire. Il n'est pas douteux, en thèse générale, que la femme douairière qui se remarie ne doive bonne et suffisante caution fidéjussoire, puisque, comme nous l'avons vu, la Coutume contient une injonction positive à cet égard. Les Défendeurs ne nient pas cette exigence ; mais ils soutiennent que la Défenderesse

n'a pas reçu le sien, qui devait être pris sur les biens libres du mari, et qui l'a été sur la part de ce dernier dans la communauté, dont elle avait l'usufruit à un autre titre. La demande étant d'une nature conservatoire ne justifierait pas un dispositif qui adjugerait sur le fonds du droit des parties à cet égard. C'est pourquoi je m'abstiens de prononcer sur le point contentieux soulevé par les parties sur le mérite de la prétention du Défendeur, eu égard au douaire de la Défenderesse. Si elle a le droit de le recouvrer sur les biens libres du mari, nonobstant les déclarations qu'elle a faites au partage, son action lui est ouverte, et jusque-là il me paraîtrait dangereux de la préjuger. En attendant, en ordonnant qu'elle donne caution pour tous les biens mobiliers de la communauté, je mets en sauvegarde tous les droits et couvre toutes les éventualités, si elle a valablement reçu son douaire sur les biens, le cautionnement qu'elle devra donner en assurera la restitution, sinon il sera toujours temps de le lui ordonner quand elle en fera la demande. Je ne crois donc pas devoir plus ordonner le cautionnement pour le douaire que pour les immeubles.

JUGEMENT : " Considérant que, par son contrat de mariage avec François Amireau, son premier mari, reçu le neuf février 1846 devant Eug. Archambault et son confrère, notaires, lequel contenait une donation en usufruit en faveur du survivant, à la charge de caution juratoire, la Défenderesse a été valablement dispensée de tout autre cautionnement, notamment du cautionnement fidéjussoire, et qu'ayant en viduité, donné sa caution juratoire, elle n'a pu devenir par le fait seul de son second mariage astreinte à donner aux Demandeurs de nouvelles sûretés, nulle peine de ce genre n'étant édictée pour la veuve usufruitière en pareil cas contre son second mariage. Considérant, néanmoins, que, par les conditions de ce second mariage et les circonstances qui l'ont précédé et suivi, la restitution des biens composant la succession dudit François Amireau dont la Défenderesse est usufruitière, a été mise en péril par des faits qui peuvent être reprochés aux Défendeurs individuellement ou collectivement ; qu'il appert que la Défenderesse a, pendant sa viduité, retiré des créances actives provenant de la première communauté qui a existé entre ledit François Amireau et elle, et dont la moitié appartenait aux Défendeurs, lequel Défendeur n'a apporté aucuns biens et n'offre aucune garantie personnelle aux Demandeurs comme héritiers de ce dernier, au montant de huit mille cent livres ancien cours ; sur laquelle somme elle a prêté en son nom personnel la somme de sept mille deux cents livres même cours, sans révéler l'origine de ces créances, et sans en stipuler le remboursement, du moins en ce qui concerne la part des Demandeurs en faveur de l'usufruit, dénaturant par là ces créances ; ce qui a dû éveiller

les soupçons des Demandeurs et donner un prétexte légitime à leurs craintes. Considérant de plus que, par son second mariage avec le Défendeur sous le régime de la communauté, la Défenderesse a soumis à la puissance absolue de son mari, comme chef de la communauté, l'administration et la jouissance de l'usufruit se dessaisissant par là de tout pouvoir d'administration et de contrôle sur les biens usufruités, événement qui ne peut pas être entré dans les prévisions dudit François Amireau, quand il a stipulé la dispense de caution fidéjussoire, couchée en son contrat de mariage avec la Défenderesse, et qui a nécessairement aggravé la menace faite à la restitution des biens soumis à l'usufruit, et augmenter les craintes inspirées aux héritiers par la gestion de la Défenderesse relativement aux créances. Considérant enfin que du produit des créances actives retirées par les Défendeurs après leur mariage, et de celui des meubles et animaux appartenant à la première communauté, vendus soit avant, soit après le second mariage, le Défendeur a fait en son nom personnel des prêts au montant de cinq mille trois cents livres ancien cours, et qu'ainsi qu'il appert à l'état produit par les Défendeurs en leur réponse à l'articulation de fait des Demandeurs, le Défendeur a acheté au profit de la seconde communauté des meubles, animaux et voitures à un montant de mille cent quinze livres ancien cours; que sur le défaut des Défendeurs de démontrer l'origine des deniers qui ont servi à cette acquisition, l'on ne peut qu'attribuer à la même source que celle qui a servi aux placements de deniers faits par le Défendeur à son profit individuel, c'est-à-dire aux créances retirées et aux meubles et animaux de la première communauté, agissements qui ont constitué des faits de détournements et divertissements justifiant le recours des Demandeurs à des mesures conservatoires et notamment leur demande de cautionnement fidéjussoire, pour assurer, à la fin de l'usufruit, la restitution entière de leurs parts réciproques dans les créances actives et les meubles, animaux et effets mobiliers restés dans la succession dudit François Amireau, à la charge de l'usufruit de la Défenderesse, sinon et à défaut de tel cautionnement, leur mise en séquestre. Considérant cependant que les Demandeurs n'ont prouvé aucun fait de détérioration des immeubles soumis à l'usufruit, qu'ils n'en allèguent même aucun, bien que leur demande de cautionnement et séquestre, embrassant l'universalité des biens de la succession, s'applique également aux immeubles, et qu'ils ne peuvent non plus réclamer de cautionnement pour la restitution des sommes d'argent comptant restées dans la succession, choses fongibles dont la Défenderesse est devenue propriétaire incommutable, cette partie de leur demande doit être rejetée et, en outre, vu que les maîtres de la nue propriété ne courent

aucun risque pour la restitution des immeubles, et qu'il en doit être ainsi de leur demande spécifique pour cautionnement à raison du douaire préfix dont la Défenderesse a donné crédit par l'acte de partage, cautionnement qui, bien que dû par la femme douairière qui se remarie, serait ici inutile, puisque celui qui va être ordonné par la présente sentence, embrasse tous les biens mobiliers et créances actives restés dans la succession, et qu'ordonner ce cautionnement serait préjuger une question de fond qui n'est pas pertinemment soulevée, notamment le droit de la Défenderesse à demander son douaire sur les biens propres dudit François Amireau, et qui d'ailleurs ne peut pas s'engager régulièrement sur une demande de la nature d'une action conservatoire, comme l'est celle des héritiers Amireau. Rejette les défenses produites par Louis-Jérémie Martel et son épouse, Eulalie Lemire dit Marsolais, jusqu'à concurrence des condamnations qui vont être prononcées, et, faisant droit à la demande, condamne les Défendeurs à donner, sous un mois de la signification de la présente sentence, bonne et valable caution fidéjussoire à la satisfaction des Demandeurs, sinon à celle d'un juge de cette cour siégeant en terme ou en vacance qui prononcera sur la suffisance de la caution qui sera offerte, qu'à la fin de l'usufruit, les héritiers et ayants cause de la Défenderesse restitueront bien et fidèlement et dans leur intégralité, soit en nature soit en valeur, ou équivalent pécuniaire, ainsi qu'ils y seront tenus par la loi, la part revenant aux Demandeurs suivant leurs droits respectifs et en quantités égales à l'étendue de ces droits dans les capitaux des créances actives, et les biens mobiliers qui leur appartiennent et qui sont restés dans la succession dudit François Amireau, à charge de l'usufruit de la Défenderesse, sinon et ce délai expiré et à défaut de tel cautionnement, suivant l'exigence de la présente sentence, il sera procédé à l'établissement d'un séquestre dont le choix sera laissé aux parties si elles peuvent s'entendre, sinon à celui de la cour ou d'un juge d'icelle en vacance, lequel séquestre prendra possession de tous les meubles, meubles meublans, animaux et effets mobiliers quelconques et de toutes les créances mobilières appartenant à la communauté de biens qui a existé entre la Défenderesse et ledit François Amireau et restés indivis entre cette dernière et les Demandeurs : ledit séquestre vendra les meubles, meubles meublans, animaux et effets mobiliers sous l'autorité de cette cour et en la forme publique et accoutumée, il remettra la moitié du prix de vente, frais légitimes déduits, aux Défendeurs pour tenir lieu de la part de la Défenderesse et l'autre moitié sera placée convenablement, et les intérêts en seront servis aux Défendeurs, la vie durante de la Défenderesse, ou jusqu'à l'extinction de l'usufruit s'il prend fin autrement, et le capital en sera alors

restitué aux Demandeurs ou leurs représentants, suivant l'étendue de leurs droits. Quant aux créances aussi restées indivises, les titres en seront remis au séquestre qui en retirera les capitaux à fur et à mesure de leur échéance, en délivrera la moitié aux Défendeurs comme pour les meubles, l'autre moitié sera aussi placée et les intérêts servis aux Défendeurs, la vie durante de la Défenderesse, et le capital livré aux Demandeurs à la fin de l'usufruit. La cour réserve cependant aux parties tous recours ultérieurs et conclusions nouvelles auxquelles elles aviseront pour parvenir au partage des créances de manière à ce que la part des Défendeurs leur soit délivrée en nature et à procurer aux Demandeurs sur la part de la Défenderesse, le remploi des créances aliénées par elle et l'autre Défendeur, et également de la valeur des meubles, meubles meublants, animaux et effets mobiliers vendus par eux et dont la moitié appartenait aux Demandeurs sans cependant rien prononcer, à cet égard, pour le montant. La cour rejette le surplus des conclusions des Demandeurs. (10 *J.*, p. 145, et 2 *La Thémis*, p. 121.)

OLIVIER et BABY, avocats des Demandeurs.

PRÉVOST et ARCHAMBAULT, avocats des Défendeurs.

INTERE"S USURAIRES.

COURT OF QUEEN'S BENCH, Montréal, June 6th, 1865.

Coram DUVAL, C. J., AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J., and MONDELET, A. J.

LOUIS HUET MASSUE, Defendant in the Court below, Appellant, *and* JOSEPH DANSEREAU, FILS, *et al.*, Plaintiffs in Court below, Respondents.

Held: That money voluntarily paid in excess of six per cent interest during the time that the Statute 16 Vict, ch. 80, was in force, cannot be recovered back in an action *condictio indebiti*.

This was an appeal from the judgment of the Superior Court, at Montreal, in an action *condictio indebiti*, to recover back a sum of $540, alleged by Respondent to have been paid to Appellant, in excess of lawfull interest, and therefore, without legal consideration and under false pretences. The debt, in respect of which the amount claimed was paid, was composed of two amounts of £400, for which notarial obligations were executed, one on the 30th day of May, 1853, and the other on the 18th of July of the same year, which were

made payable in one year from their respective dates, with interest at the rate of six per cent per annum. The declaration alleged, that the amount in question had been paid, after the obligation had become due, and as additional or excessive interest beyond that stipulated, and had been exacted from Respondents in consequence of their inability to pay the debt then overdue. The plea was, in effect, the general issue. The Appellant admitted, when examined as a witness, that he had received from Respondents various sums in addition to the stipulated interest, amounting in the aggregate to £96, but he contended that they were not paid as a additional or excessive interest, but as a commission or reward for services rendered. In all the transactions in question, Appellant was the agent of Aimé Massue, in whose favour the obligations were executed. The judgment of the Court below was rendered on the 31st March, 1863, by Mr. Justice SMITH, in favour of Respondents, for the amount of £96, as follows: "The Court, considering that the Plaintiffs have proved and established that Defendant did exact and receive from Plaintiffs, while acting for and on behalf of Aimé Massue, the father of Defendant, in transacting the business of his father, in relation to the obligations referred to in the declaration, the sum of £96, over and above legal interest then due and exigible on the amount referred to in the declaration, and for which Plaintiffs received no value whatever or any consideration given. And considering that Defendant applied the said sum of £96 to his own use and behoof, and which is admitted by Defendant in his deposition as witness, the Court doth condemn Defendant to pay to Plaintiffs the said sum of £96, with interest thereon from the twelfth day of August, 1862, date of service of process until actual payment, and costs of suit."

AYLWIN, J., dissenting: The Defendant pleaded an exception, by which he alleges: "que c'est au Défendeur, en sa qualité de procureur dudit Aimé Massue que lesdites obligations ont été payées ainsi que les intérêts sur icelles, mais qu'il est faux que le Défendeur se soit jamais fait payer, en sa qualité de procureur dudit Aimé Massue, aucune somme de deniers excédant l'intérêt à raison de 6 pour cent par an sur le montant desdites obligations." This plea is bad upon the face of it. Firstly, it amounts to no more than the general issue, but besides, it only states what Respondents have stated in their declaration. Both Plaintiff and Defendant consent in stating "qu'il est faux que le Défendeur se soit jamais fait payer, en sa qualité de procureur dudit Aimé Massue, aucune somme de deniers excédant l'intérêt à raison de 6 par cent par an sur le montant desdites obligations." The allegation was that Ap-

pellant, falsely pretending to be the attorney, received from them, not for Aimé Massue, but for himself, Appellant, a sum of money that was not due to him. That Appellant has not admitted the receipt of any money at all for himself, and has therefore not justified the taking. Examined upon oath, Appellant has admitted that the sum of £96, over and above the legal interest then due and exigible on the amount referred to in the declaration, was received by him. The Appellant has said upon his oath, " Et en sus des intérêts ci-dessus, je reçus des Demandeurs en l'année 1857 une somme de £48, et en l'année 1858 une somme de £24, lesquellesdites deux sommes me furent ainsi payées par les Demandeurs à moi personnellement, en considération des nouveaux délais que j'accordais aux Demandeurs pour le payement desdites obligation, et aussi de m'indemniser de mon trouble, frais de voyage et dépens." He has attempted an excuse by an " arrangement avec les Demandeurs, ayant été entendu entre ces derniers et moi que si je pouvais rencontrer, soit par billet ou autrement, les engagements que j'avais contractés, ils, les Demandeurs, me payeraient cette somme pour m'indemniser du percentage que j'avais moi-même à payer." But this attempt not being alleged, it is not to be noticed, and therefore it is not proved. The Respondents properly speaking ought to have objected to the statements made by Appellant, and there would have been nothing at all put upon the record; but, although it has been taken in the deposition, it must be rejected. To render a judgment in favour of Appellant, it must be assigned as a reason that the arrangement has been proved. But there is no allegation to admit such proof; hence there being no allegation, and no proof of what ought to have been justified, the declaration is fully proved. The judgment contains a correct statement of the facts. It might have been added as a considérant that Defendant having denied the fact of payment, and not having pleaded in avoidance, no evidence adduced by him was admissible as not being alleged, and that having admitted the fact, he became liable to repetition by *condictio indebiti.* The Appellant swears: " J'ai perçu des Demandeurs, en sus des intérêts payés à mon père, une somme totale de £96. Pour ce qui m'a été payé personnellement, c'est-à-dire pour ladite somme de £96, je n'ai pas donné de reçu aux Demandeurs." This case is precisely such as is stated in the Dictionnaire du Digeste of Thevenot-Dessaules, Vol. I, p. 103, No. 427, Condition de la chose non due. " Celui qui prétend avoir payé indûment doit prouver qu'il ne devait pas." Leg. 25, ff., *De probationibus et præsumptionibus.* " Car la présomption est contre. "Ibidem," lors du moins que le Défendeur convient avoir reçu. Mais si, au contraire, le Défendeur avait commencé par

dénier qu'il eût reçu, et que le Demandeur eût prouvé le fait du payement, alors ce serait au Défendeur à prouver que ce qui a été payé lui était réellement dû." *Peretenim absurdum est, eum qui, ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere.* As to the fact that there has been no excessive interest over 6 per cent, I hold that it does not touch the case at all, and that it has no application to the case of Nye & Malo. I am, therefore, of opinion to confirm the judgment, and must therefore dissent.

DRUMMOND, J., *dissentiens* : La déclaration des Intimés, Demandeurs en Cour Inférieure, contient des allégués suffisants pour former la base d'une action *condictio indebiti*, savoir : une action pour le recouvrement de deniers payés sans considération, et pour justifier les conclusions qui y sont prises. La défense à cette action consiste simplement en une défense au fond en fait et d'une exception péremptoire qui, réduite à sa plus simple expression, n'est autre chose qu'une répétition de la défense générale. Par la bouche même de l'Appelant, les Intimés ont prouvé qu'à diverses époques, lorsqu'il se présentait pour retirer d'eux l'intérêt à six par cent, dû sur deux obligations consenties par les Intimés, en faveur d'Aimé Massue, son père, il s'était fait payer par eux plusieurs sommes d'argent en sus de cet intérêt, lesquelles sommes, qu'il s'était appropriées, se montaient à celle pour laquelle le Jugement dont est appel fut prononcé contre lui, c'est-à-dire à £96. Il est vrai que l'Appelant ajoute que ces diverses sommes lui furent payées à la suite de conventions formelles entre les Intimés et lui, pour l'indemniser personnellement du trouble et des dépenses que pouvait lui occasionner les délais qu'il leur ferait obtenir. Cette affirmation n'est d'aucune valeur dans sa bouche, en autant qu'il n'a pas plaidé ces conventions qu'il invoque trop tard pour justifier sa détention injuste des deniers des Intimés. Je n'hésiterai donc pas à dire qu'à mon avis le Jugement dont est appel doit être maintenu avec dépens contre l'Appelant.

MEREDITH, J. : The acts complained of in this cause, as usurious, took place whilst the 16th Vict., c. 80, was our law on the subject. By the preamble of that statute it was declared, that " it is expedient to abolish all prohibitions and penalities " on the lending of money at *any rate of interest whatsoever*, " and to enforce to a certain extent, and no further, all con- " tracts to pay interest on money lent, and to amend and sim- " plify the laws relating to the loans of money at interest." With this object in view, the Legislature repealed the 5th section of the 17th George III, ch. 3, which subjected persons taking excessive interest to very severe penalties, and by the 2nd and

3rd sections of the statute, enacted as follows: " II. That *no* " *contract* to be hereafter made in any part of this province, " for the loan or forbearance of money or money's worth, at " any *rate of interest* whatsoever, and *no payment in pur-* " *suance* of such contract shall make at any party to " such contract or payment liable to any loss, forfeiture, " penalty or proceeding, civil or criminal, for usury; any " law or statute to the contract notwithstanding." " III. " Provided always nevertheless, and be it enacted, that every " such contract and every security for the same shall be " void so far, and so far only, as relates to any excess " of interest thereby made payable above the rate of six " pounds for the forbearance of one hundred pounds for a " year, and the said rate of six per cent interest, or such " lower rate of interest as may have been agreed upon, shall " be allowed and recovered in all cases where it is the agree- " ment of the parties that interest shall be paid." The preamble of the statute in this case affords us a good clue to the meaning of the enacting clauses. It tells us succinctly that " it is expedient to abolish all prohibitions and penalties on the *loan of money at any rate of* interest whatsoever," and that it is also expedient " to enforce, to a certain extent, and no further, all contracts to pay interest on money lent." It then repeals all the prohibitions and penalties established by the old law, and by the third section makes void contracts in so far as relates to any interest stipulated above six per cent; but, by the second section, it is declared, in effect, that no contract for the loan of money, *at any rate of interest whatsoever* and *no payment in pursuance of such contract*, shall make any party to such contract or payment liable to any *proceeding, civil or criminal*, for stipulating or receiving excessive interest. Now, the present action is a *civil* proceeding tending to make the Defendant liable for excessive interest alleged to have been received by him, and, therefore, I think, contrary to the statute. There is also another view which may be taken of this case. The law has declared it is expedient to abolish all prohibitions against the lending of money at all rate of interest whatsoever, and has done so with respect to individuals. The stipulation of interest, therefore, as proved at 9 and 12 per cent, was not a *malum prohibitum*, for the statutory prohibition had been done away with before the acts complained of, and there is nothing necessarily wrong in a moral point of view in the stipulation of interest at those rates; nine per centum, or even twelve per centum, may, under certain circumstances, be a more reasonable charge for the loan of money than six per centum under other circumstances. There is no proof in this case that the rate of interest

charged, however high it may appear, was unfair or unreasonable, and in the absence of proof it cannot be held that it was so. Under these circumstances, the promise made by the borrower, subsequent to the abolition of the usury law, subjected him to a moral obligation in favour of the lender, and the existence of such moral obligation suffices to prevent the borrower from recovering the money so paid by him. Toullier says: "C'est le cas de toutes les obligations naturelles, dont "l'un des effets suivant les droits romains est d'empêcher la "répétition de la chose payée, parce que dans ce cas on ne "peut pas dire que le paiement soit sans cause." (1) The code civil has adopted the same doctrine. The Art. 1965 declares: "La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour "le payement d'un pari," and the article 1865 provides: "Dans "aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontaire-"ment payé à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant, "dol, supercherie ou escroquerie", car alors, says Toullier, "il "n'y a pas d'obligation naturelle." (2) It is true that the third section of our statutes makes void all contracts in so far as they relate to any excess of interest thereby made payable; but this provision, taken in connection with the clause abolishing all prohibitions and penalties on the loan of money, *at any rate of interest*, and also with the other provisions of the statute, must, I think, be understood as meaning that the law will not enforce any contract in so far as relates to any, excessive interest thereby stipulated; thus leaving unimpaired the moral obligation resulting from the agreement. In coming to this conclusion, I do not think we impugn the doctrine laid down by a majority of the judges of this court in *Nye* and *Malo*. (3) In that case, the court held that a creditor who had received a certain sum, as excessive interest under an obligation, could not recover more than with the sum already paid would give him his principal and lawful interest. We do not now say *we would*, under the statute in question, *enforce à*

(1) 2 Toullier, No. 87, page 106.

(2) See also Pothier, *condictio indebiti*, No. 156, vol. 2, page 780.

(3) Aux termes de la loi de 1853 concernant l'usure, tout excédant d'intérêt au-delà du taux de six par cent étant illégal et usuraire, et la convention, au moyen de laquelle on prétend l'exiger, nulle *pro tanto*, le payement de cet excédant est nécessairement atteint de la même nullité et n'est pas obligatoire pour le débiteur qui, en pareil cas, a droit d'en faire l'imputation sur le principal ou les intérêts légitimes. Si, dans une action sur billet, le Demandeur, en réponse à des interrogatoires sur faits et articles relatifs à des matières qu'il doit connaître, dit qu'il ne sait pas et qu'il ne se souvient pas, ces interrogatoires doivent être tenus pour confessés. (*Nye* et *Malo*, C. B. R., Montréal 6 octobre 1857, LAFONTAINE, J. en C., AYLWIN, J., DUVAL, J., *dissident*, et CARON, J., infirmant le jugement de C. S., Montréal. 20 mars 1857, SMITH, J., MONDELET, J., et CHABOT, J., 6 R. J. R. Q., p. 334.)

contract so as to give a creditor, either directly or indirectly, more than lawful interest. What we do say is, that, as by the statute under consideration, the prohibitions against taking interest beyond a fixed rate were repealed, a party who, in pursuance of his agreement, voluntarily pays more interest than the statute would have enabled the creditor to sue for, cannot recover the excessive interest without, at any rate, proving that his promise to pay such interest was made under circumstances of a nature to prevent him from being subject to the moral obligation to fulfil it. I have felt constrained to direct my attention to the legal question to which I have just adverted, because I am not prepared to say that the judgment is wrong as to the facts. It is true that the greater number of the allegations in the declaration are proved to be untrue, for instance: The Plaintiffs expressly allege that the sums of money which they seek to recover were received by Defendant for *his father ;* that Plaintiffs were induced to pay those sums *by fraud* under *false pretext*, and without any consideration "par dol et fraude et sous de faux prétextes et sans "considération aucune," and that Defendant, appropriated the same to himself without any right or title so to do, "les-"quellesdites sommes de deniers le Défendeur se serait au "contraire appropriées sans considération aucune." Each of these allegations is proved to be wholly untrue, by the evidence of Defendant, examined on behalf of Plaintiffs; but we have still in substance the following allegations: That Plaintiff, upon a loan of money, and in pursuance of an agreement to that effect, paid to Defendant excessive interest over and above the rate recoverable by law to the extent of £96, that Defendant has that money in his possession, and refused to return it to Plaintiffs. These allegations, which are proved, would, it seems to me, entitle Plaintiff to a judgment in his favour, were it not for the clauses of the statute already referred to, and for the reason that the money was paid in fulfilment of a moral obligation, and therefore cannot be recovered.

DUVAL, Ch.-J., said the only witness Plaintiff had was the agent, and he denied the fact that more than six per cent was charged. He said he devoted considerable time to the business, and the extra amount paid was to remunerate him for his trouble. It could not be interest, because the money did not belong to the agent, but to his father. The Plaintiff therefore found himself not only without evidence, but with evidence that disproved the allegations in his declaration. If this young man charged five per cent commission instead of two or three, the Court had nothing to do with that. Persons exacted more for their time or the use of their money according to the de-

mand. The judgment must be reversed, and the action dismissed.

The following is the judgment of the Court: "The Court, " seing that the acts complained of as usurious by Respon- " dents are alleged by them to have taken place after the pass- " ing of the statute sixteenth Victoria, chapter eighty, intitul- " ed 'An Act to modify the Uusury Law,' and whilst that " statute was in force, and seeing that, by the preamble of " that statute, it was, among other things, declared that it was " 'expedient to abolish all prohibitions, and penalties on the " 'lending of money at any rate of interest whatsoever,' and " that, by the second section of that statute, it was enacted, " 'that no contract to be hereafter made in any part of this " 'Province, for the loan or forbearance of money or money's " 'worth at any rate of interest whatsoever, and no pay- " 'ment in pursuance of such contract shall make any party " 'to such contract or payment liable to any loss, forfei- " 'ture, penalty, or proceeding, civil or criminal, for usu- " 'ry; any law or statute to the contrary notwithstanding. " And, considering that the present action is a civil proceed- " ing, tending to make Appellant liable for the excessive inte- " rest alleged to have been received by him, and that the " judgment of the Superior Court, maintaining the action, is " contrary to the said provisions of said statute, doth, in con- " sequence, reverse the judgment rendered by the Superior " Court, on the thirty-first day of March, 1863, and, proceed- " ing to render the judgment which the Court below ought to " have rendered in the premises, doth dismiss the action and " demand of Respondents." The Honorable Justices AYLWIN and DRUMMOND *dissentientibus*. (10 *J.*, p. 179, et 1 *L. C. L. J.*, p. 35.)

DORION and DORION, for Appellant.
C. ARCHAMBAULT, for Respondents.

EXECUTION DES JUGEMENTS.

COUR SUPÉRIEURE, Montréal, 30 juin 1866.

Coram BERTHELOT, J.

TERROUX *vs.* HART *et al.*, *et* HART, Opposant.

Jugé: Qu'un jugement, rendu dans un district où ne réside pas le Défendeur, peut être exécuté *de plano* dans le district où le Défendeur réside, à moins qu'il ne démontre qu'il possède des biens dans le district où le jugement a été rendu.

Le Demandeur, ayant obtenu jugement final le 5 septembre 1865, en la cour de circuit, à Montréal, pour $60, contre les

Défendeurs domiciliés aux Trois-Rivières, dans le district des Trois-Rivières, et ayant fait faire un retour de *nulla bona* contre lui par un huissier du district des Trois-Rivières, le 20 octobre 1865, fit émaner un writ *de terris* contre les immeubles de l'un des Défendeurs, adressé au shérif du district des Trois-Rivières, qui, ayant saisi les biens immeubles de ce Défendeur, reçut de sa part une opposition à fin d'annuler. Le Défendeur saisi, en faisant cette opposition à fin d'annuler cette saisie immobilière, prétendit qu'elle était nulle parce qu'aucun *bref* de *bonis* ou de *terris* n'avait été préalablement émané et adressé au shérif du district de Montréal, dans lequel district le jugement avait été rendu. L'Opposant alléguait de plus qu'il possédait " des rentes constituées à lui dues dans le " district de Montréal, qui auraient pu être saisies." Le Demandeur répondit en droit à cette opposition que le Défendeur saisi n'alléguait pas qu'il possédait lors de l'émanation du writ de *terris*, dans le district de Montréal, des biens meubles ou immeubles suffisants pour satisfaire le montant du jugement et parce qu'il n'indiquait pas la nature, la description, la situation, le montant, ni le nom des débiteurs de ses rentes constituées. Après l'audition des parties sur cette réponse en droit, le jugement de la cour a renvoyé cette opposition avec dépens. *Per Curiam*: Judgment maintaining the answers of Plaintiff to the opposition, and dismissing said opposition with costs. (10 *J.*, p. 199.)

JOSEPH, avocat du Demandeur.

BUREAU, avocat du Défendeur.

CAUTIONNEMENT POUR FRAIS.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th April, 1866.

Coram BETHELOT, J.

RYLAND *vs.* OGILVIE.

Held: That the security *judicatum solvi* cannot be exacted from any person *residing* in Lower Canada, even supposing that he is not a householder therein and that he has another domicile out of Lower Canada.(1)

The Plaintiff having brought his action against Defendant for the recovery of certain damages, the latter made the following motion, on the 26th February, 1866: " Motion, on behalf of Defendant, inasmuch as it appears by the affidavits herewith produced, that Plaintiff resides without Lower Ca-

(1) Con. Stats. L. C., ch. 83, sec 68.

nada, and has his domicile in Upper Canada, that Plaintiff be held to give good and sufficient security for payment of his Defendant's costs."

PER CURIAM : Le Demandeur a un domicile en Haut-Canada et il réside aussi à Montréal. Il n'est pas nécessaire qu'il soit "*householder*" dans le Bas-Canada, il suffit qu'il y réside. La résidence est suffisante aux termes du Statut. Motion renvoyée. (10 *J.*, p. 200.)

MACKAY et AUSTIN, avocats du Demandeur.
MCCRAE, avocat du Défendeur.
A. CROSS, conseil.

OPPOSITION A FIN DE CONSERVER A LA VENTE DES MEUBLES.

SUPERIOR COURT, Montreal, 30th May, 1866.

Coram BADGLEY, J.

LA BANQUE JACQUES-CARTIER *vs.* THE CANADIAN RUBBER CO., *and* KAVANAGH, Opposant.

Held : 1st. That, an opposition *à fin de conserver*, made through the ministry of an attorney, must contain an election of domicile.

2nd. That upon an exception *à la forme* to said opposition appearing to be well founded, a motion to amend such opposition by inserting an election of domicile will be granted on payment of 40s. costs. (1)

The Opposant made an opposition *à fin de conserver* upon the proceeds of the sale of the goods and chattels of Defendant, on the 26th April, 1866. Defendant filed an *exception à la forme*

(1) Une opposition, n'indiquant pas qu'il y a plusieurs Demandeurs et ne portant pas le numéro de la cause, est irrégulière et sera rejetée sur motion. (*Leverson et al.* vs. *Cunningham*, C. S., *Montréal*, 30 avril 1854, DAY, J., et SMITH, J., 5 R. J. R. Q., 148.)

Un affidavit, produit à l'appui d'une opposition à fin d'annuler et dans la teneur duquel on a fait usage du mot "unnecessarily" au lieu du mot "unjustly", et du mot "sworm," au lieu du mot "sworn", est insuffisant et non conforme aux règles de pratique ; en conséquence, l'opposition à fin d'annuler fondée sur cet affidavit sera rejetée sur motion. (*Morin* vs. *Daly et al.*, et *Daly et al.*, Opposants, C. S., Québec, 22 février 1856, STUART, J. A., et PARKINS, J. A., 5 R. J. R. Q., p. 132.)

L'opposition, produite par un défendeur, sans la permission d'un juge, à l'effet d'empêcher la vente de ses effets qui doit avoir lieu en vertu d'un bref de *venditioni exponas*, sera rejetée sur motion. (*Boudreau et al.* vs. *Poutré*, et *Poutré*, Opposant, C. S., *Montréal*, 28 juin 1856, DAY, J., SMITH J., et MONDELET, J., 6 D. T. B. C., p. 72.)

Une opposition, fondée sur un affidavit qui énonce que ladite opposition est faite de bonne foi et en vue d'obtenir justice, mais dans la teneur duquel le mot "seulement" qui se trouve dans la forme de l'affidavit donné par les règles de pratique, a été omis, sera rejetée sur motion, parce qu'un tel affidavit est insuffisant. (*Scholefield et al.* et *Rodden et al.*, C. S., *Montréal*, 26 no-

to said opposition, on the 30th April, 1866, alleging that said opposition did not contain an election of domicile. The Defendant also made a motion, on the 17th May, 1866, to the effect that, inasmuch as said opposition did not contain an election of domicile, it be dismissed with costs, under reserve of the contestation already made. The parties were heard on the motion, on the 18th May, 1866, and opposant moved to amend by inserting an election of domicile.

PER CURIAM: As the opposition appears well founded the Opposant is permitted to amend on payment of 40s. costs. (10 *J.*, p. 200.)

GIROUARD, for Defendant.

DEVLIN, for Opposant.

INSCRIPTION EN REVISION.

COUR SUPÉRIEURE, EN REVISION, Montréal, 31 octobre 1865.
Coram BADGLEY, J., BERTHELOT, J., MONK, J. A.

SCATCHERD *vs.* ALLAN.

Jugé : 1o. Que si le délai de huit jours, exigé par la section 21 de l'acte 27-28, Vict., ch. 39, pour l'inscription des causes en revision, expire un dimanche ou jour férié, alors elle pourra être faite le jour juridique suivant. (1)

2o. Qu'il n'est pas nécessaire que la signification de cette inscription soit personnelle.

Un jugement ayant été rendu le 30 septembre 1865, le Défendeur inscrivit la cause pour la revision de ce jugement devant trois juges à Montréal, et son inscription fut, ainsi que le dépôt, faite et produite le 9 octobre 1865, vu que le 8 du même mois était un dimanche. Le 31 octobre 1865, le Deman-

vembre 1856, DRISCOLL, J. A., PELLETIER, J. A., et BERTHELOT, J. A., 5 R. J. R. Q., p. 147.)

Une opposition à fin d'annuler, faite à un bref *venditioni exponas*, sera rejetée sur motion, si les moyens de nullité invoqués dans cette opposition existaient lors des procédures sur le bref de *fieri facias*, ou si elle a pour objet de faire rejeter les procédures qui ont eu lieu en vertu du bref de *fieri facias*. (*Abbott* vs. *Cie du Chemin de fer de Montréal et de Bytown*, et *ladite Cie*, Opposante, C. S., *Montréal*, 20 décembre 1856, DAY, J., SMITH, J., et MONDELET, J., dissident, 5 R. J. R. Q., p. 131.)

Une opposition, faite par le ministère d'un procureur, ne sera pas rejetée par le motif qu'elle ne contient pas une élection de domicile. Quand même une opposition serait nulle parce qu'elle ne contiendrait pas l'élection de domicile, le véritable mode de l'attaquer dans ce cas est de l'attaquer par exception à la forme, et non par motion. (*Murphy* vs. *Moffatt*, et *Levy et al.*, Opposants, C. C., *Québec*, 22 septembre 1858, BOWEN, J. en C., 8 D. T. B. C., p. 477.) Voir art. 604 C. P.C.

(1) *Vide* St. Ref. B. C. ch. 82, sec. 5 ; art. 24 et 497 C. P. C.

deur fit motion que cette inscription fût renvoyée, parce qu'elle n'avait pas été signifiée *personnellement*, soit au Demandeur, soit à son procureur, et qu'elle n'avait pas été faite, ni signifiée dans les huit jours de la date du jugement interlocutoire dont se plaignait le Défendeur, et parce que le dépôt n'avait pas été fait dans le même délai de huit jours. Les parties ayant été entendues sur cette motion, la cour sur délibéré, la renvoya avec dépens. (1) (10 *J.*, p. 201, et 1 *L. C. L. J.*, p. 96.)

PICHÉ, avocat du Demandeur.

ROSE et RITCHIE, avocats du Défendeur.

BAIL.—SOUS-LOCATAIRE.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 28 juin 1866.

Coram BERTHELOT, J.

SÉNÉCAL *vs.* TRIGG, *et* AGNEW, Intervenant.

Jugé : Que le sous-locataire ne peut obtenir mainlevée de ses meubles saisis-gagés, qu'en payant le terme courant. (2)

Le Demandeur poursuivait le Défendeur pour $188.75, montant du loyer dû en vertu du bail notarié en date du 27 janvier 1864, étant pour les quartiers échus et à échoir les 1er février 1866 et 1er mai alors prochain, et il avait, le trois mars 1866, saisi-gagé les meubles d'Agnew qui est intervenu dans la cause comme le sous-locataire du Défendeur. L'Intervenant, par sa requête produite le 11 mars 1866, concluait à ce que mainlevée lui fût donnée de la saisie-gagerie de ses effets, sur le principe que, lors de l'institution de l'action, il avait payé le prix de sa sous-location au Défendeur. Le Demandeur contesta cette intervention, en alléguant qu'il était faux que l'Intervenant eût payé au Défendeur les quatre mois de loyer échus le 1er mars 1866, et que l'Intervenant ne pouvait avoir mainlevée qu'en offrant de payer au Demandeur le loyer du mois alors présent, savoir : mars 1866 et avril 1866, en tout $70.

" La Cour, procédant à rendre le jugement sur l'action, a condamné le Défendeur à payer au Demandeur la somme de $135, etc. Et, procédant à adjuger sur ladite intervention et la contestation d'icelle, sur la preuve faite, a déclaré que les

(1) *Vide* Règles de Pratique, ch. 2, règle 12.

(2) V. art. 1639 C. C.

effets et meubles désignés et mentionnés dans ladite intervention et faisant partie de ceux saisis-gagés et désignés au procès-verbal de saisie-gagerie, ne sont sujets et affectés que jusqu'à concurrence du terme de loyer que ledit Intervenant, le sous-locataire du Défendeur, avait à lui payer au jour de la saisie-gagerie, savoir : la somme de $35 pour le mois de mars 1866, et pareille somme pour le mois d'avril 1866, ordonne que lesdits effets ou tant d'iceux qu'il sera nécessaire seront vendus pour la satisfaction et payement du présent jugement, la cour compensant les frais sur l'intervention et la contestation d'icelle entre le Demandeur et ledit Intervenant. (10 *J.*, p. 202.)

SÉNÉCAL, RYAN et DEBELLEFEUILLE, avocats du Demandeur.

KERR, avocat de l'Intervenant.

SAISIE-GAGERIE.

COUR DE CIRCUIT, Montréal, 30 mai 1866.

Coram BADGLEY, J.

BEAUDRY *vs.* RODIER.

Jugé : Que la saisie-gagerie par droit de suite peut être exercée après les huit jours et ce, même après l'expiration du bail. (1)

Le Demandeur avait loué une maison pour un an, au Défendeur, à commencer au 1er mai 1865. A la Saint-Michel suivante, Rodier quitta les lieux du consentement du Demandeur qui les loua de suite à une troisième personne, et le 24 avril suivant, c'est-à-dire, sept mois après que le Défendeur eut enlevé ses effets de la maison, le Demandeur fait saisir par droit de suite ces mêmes effets pour une balance de loyer due avant la Saint-Michel. Le Défendeur plaida par exception les faits cidessus et spécialement que le Défendeur, ayant enlevé ses effets des premisses depuis plus de huit jours, le Demandeur ne pouvait avoir contre les effets aucun droit de saisie gagerie ; que, d'ailleurs, le bail entre les parties n'existait plus, le bail ayant été resilié plus de sept mois avant l'exécution de la saisie. Le Demandeur prétendait que la saisie-gagerie par droit de suite peut émaner contre le locataire en tout temps. Il cita à l'appui de cette prétention une cause de *Mondelet* vs. *Power* (2),

(1) V. art. 873 C. P. C.

(2) Le locateur peut, pendant la durée du bail et même plus de huit jours après que le locataire a quitté les lieux loués, exercer contre ce locataire la saisie-gagerie par droit de suite. (*Mondelet* vs. *Power*, C. B. R., Montréal, 26 mars 1845, ROLLAND, J., GALE, J., et DAY, J., 1 *J.*, p. 276.)

et dit qu'il n'y avait que des tiers qui pouvaient s'objecter à ce droit du propriétaire. Le Défendeur maintint que la loi commune n'accordait pas plus que huit jours pour exercer le droit de saisie-gagerie par droit de suite, et que cette pratique avait été constante dans les Cours de Justice du Bas-Canada. Cette doctrine se trouve surtout exemplifiée dans une cause de *Aylwin* vs. *Gilloran*, 12 *R. J. R. Q.*, p. 31 et *R. J. R. J.*, p. 192. Le juge en chef Lafontaine y dit spécialement que la saisie-gagerie par droit de suite, ayant été faite *dans le délai de huit jours accordé au locateur ou propriétaire pour exercer ladite saisie*, est valable. Ricard, pour Défendeur, ajoute que le précédent de Mondelet et Power ne s'appliquait pas, vu que dans le cas cité la saisie-gagerie avait eu lieu pendant la durée du bail ; tandis que, dans le cas actuel, le bail était expiré depuis plusieurs mois.

PER CURIAM : Le droit de saisie gagerie par droit de suite peut être exercé tant que la dette pour loyer existe, les tiers seuls ont droit de s'opposer à ce privilége du locateur. Jugement pour le Demandeur. (10 *J.*, p. 202.)

JETTÉ et ARCHAMBAULT, pour le Demandeur.

L. RICARD, pour le Défendeur.

PRIVILEGE.—GAGE.

CIRCUIT COURT, Montreal, 12 Septembre 1865.

Coram BERTHELOT, J.

TERROUX *vs.* GAREAU *et al.*

Jugé : Qu'un gage spécial, donné par un débiteur à son créancier pour sûreté de sa dette, ne fait pas perdre à ce dernier son privilége sur les autres meubles du débiteur.

Le Demandeur avait émané une saisie-gagerie par droit de suite contre les meubles des Défendeurs pour la somme de $21.25, sur bail notarié. Les Défendeurs plaidèrent par une exception péremptoire en droit, alléguant qu'avant l'émanation de cette action, un écrit avait été signé par eux et remis au Demandeur, lequel écrit était conçu en ces termes : "Comme gage et sûreté et garantie au paiement du loyer et des cotisations de l'année dernière, nous consentons à livrer à Charles A. Terroux, une barrique de vin de 36 à 37 gallons, jusqu'au payement dudit loyer et cotisations que nous promettons lui payer dans dix jours de cette date, sans préjudice au privilége de Terroux, sur ladite barrique de vin, pour sûreté de sondit loyer, tant du bas de la maison que nous avons occupée, que

du haut de ladite maison qu'a occupé Gareau, l'un de nous, et, dans le cas où le loyer de ladite maison ne serait pas payé au temps susdit, et les frais déjà faits, ladite barrique de vin demeurera la propriété de Terroux." Montréal, 22 mai 1865. (Signé) Gareau et Cie. Damase Gareau." Les Défendeurs produisirent de plus un compte prétendant être dû par le Demandeur et qu'ils offrirent en compensation à celui de ce dernier. Le 12 septembre 1865, la cause fut entendue à l'enquête et au mérite devant M. le juge Berthelot. M. Joseph, pour le Demandeur prétendait que l'écrit, donné par les Défendeurs au Demandeur, ne liait pas ce dernier et ne lui faisait pas perdre son privilége sur les meubles des Défendeurs ; car, pour que le Demandeur se désiste de son privilége, il faut une convention spéciale, une stipulation expresse mentionnée dans l'écrit passé entre le créancier et le débiteur. Autrement, si un gage spécial est donné par un débiteur à son créancier, comme sûreté de sa dette, ce ne peut être qu'un privilége additionnel ou collatéral au privilége général du créancier. Le Demandeur prouva de plus qu'il s'était désisté de l'écrit ci-dessus, en le remettant au Défendeur personnellement le jour même qu'il lui avait été donné et avant son accomplissement. Quant au compte offert en compensation, le Demandeur prétendit qu'il avait été payé longtemps avant l'institution de l'action, par des loyers dus antérieurement par les Défendeurs. M. Garault, pour les Défendeurs, soutint que l'écrit passé entre les parties, et la livraison du gage faisait perdre au Demandeur son privilége sur les autres meubles des Défendeurs et annulait la saisie des meubles de ces derniers. Que le Demandeur n'avait pas le droit d'instituer une action contre le Défendeur, après l'engagement qu'il prétendait avoir été contracté entre les parties, et, de plus, il nia le paiement du compte des Défendeurs. Le tribunal, après l'audition des parties, déclara que le gage, donné par les Défendeurs au Demandeur, ne privait pas celui-ci du privilége qui lui est accordé par la loi, de saisir-gager les meubles des Défendeurs. Jugement pour le Demandeur. (10 *J.*, p. 203.)

Laframboise and Joseph, avocats du Demandeur.

M. Garault, avocat du Défendeur.

SALE. — DELIVERY.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE,
Quebec, September, 1866.

Coram DUVAL, C. J., AYLWIN, MEREDITH, DRUMMOND, and MONDELET, J. J.

JOHN BROSTER, Plaintiff in the Court below, Appellant, *and* GEORGE BENSON HALL *et al.*, Defendants in the Court below, Respondents.

Held: That the acceptance by a third party or middle-man of a delivery order granted by a vendor in favor of a vendee, for goods to be manufactured by the third party or middle-man, and the setting apart these goods as subject to the vendee's orders by the third party or middle-man, as they are manufactured, is a complete delivery, even though they should still be entered in the vendor's name in the books of the third party or middle-man.

This was an appeal from a judgment rendered in the Superior Court, in an action which was instituted on the 13th May, 1865, by Appellant, by means of a writ of revendication against Respondents, George Benson Hall, and Mary Hall, his wife, executors of the last will and testament of Peter Patterson, to revendicate a quantity of sawn lumber (deals and planks) of the value of $2,000 in their possession, and which was claimed by Appellant as his property. William Walker, the other Respondent, was also brought into the suit as Defendant, in his quality of assignee to the insolvent estate of John Henry Clint, of Quebec, merchant, he being a claimant of the same property. The Halls appeared to the action in the Court below, but were subsequently foreclosed, and the proceedings were conducted *ex parte* as regards them. In fact, the position which they assumed in the case was that of perfect indifference between the parties claiming the property; they did not desire, nor intend to raise, any contestation; they admitted having possession of the property, holding it *quasi* as stakeholders, and were perfectly willing to deliver it to Broster, or Walker, the Respondent, as the Court might determine. Under these circumstances, the whole contest lay between the two last-named parties. The declaration alleged a contract, dated 1st July, 1864, by which Appellant sold to Clint all the lumber of a certain description to be manufactured out of the pine logs belonging to Appellant, and then, at Montmorency mills (which are owned and worked by the Halls), that Broster had given to Clint an order upon Hall for the delivery of the lumber sold; that Clint had subsequently become insolvent, and had never paid for the lumber; and that, notwith-

standing the order, it had not been completely delivered to Clint, and that, in consequence of Hall having refused to deliver the lumber so remaining in his possession to Broster, the present action was brought, and the lumber seized. The Defendant Walker pleaded by a general issue, and also by a perpetual exception, in which he alleged that the contract between Broster and Clint had been completely carried out; that the lumber which had been manufactured from the logs was in the possession of Clint at the time he became insolvent, and was held by Hall as his bailee, and that it had passed to his assignee as part of his estate. The Plaintiff replied specially that the lumber should have been paid for by Clint when delivered, and that more had been delivered than he had paid for, and that the quantity which remained on hand at the time he became insolvent was held by Hall for Plaintiff Broster. It will appear from this statement of the pleadings that the question at issue between Appellant Broster and Respondent Walker, as Clint's assignee, was whether the lumber was held for Broster or for Clint at the time the latter became insolvent. The facts of the case, as shown by the evidence, are as follows: The Appellant Broster, in the year 1864, had a large quantity of saw logs at Montmorency, for the sawing of which he had made a contract with Hall; of the produce of these logs he had sold to Price and Son the merchantable two-inch and three-inch deals, and, by the contract in question, he sold to Clint the remainder of the lumber to be manufactured from the logs, consisting of boards and cull deals. When the agreement between the Appellant and Clint was made, but before the contract was actually signed, an order, dated Three-Rivers, 21st June, 1864, was given by Broster, directing Defendants Hall fo deliver all the lumber produced from his logs, and not sold to Price and Son, to Clint: this order was duly accepted by Hall. *As the logs were sawn the lumber sold to Clint and that sold to Price were piled separately, and Clint's lot was deliverd to him as he sent orders for it.* Hall states that the lumber sold to Clint was held to his order, and would not have been delivered to any one else. Clint paid to Broster in cash $1,000, and removed or shipped from Montmorency lumber to the value of $1,400. On the 20th October, 1864, W. Price and Son, who represented Appellant in Quebec, furnished Clint with a bill of parcels of the lumber, headed "memorandum of sawed lumber from Mr. Broster's lot as per "statement, dated Montmorency Mills, 15th October, 1864, held for account of J. H. Clint;" upon receiving this statement Clint gave his note to Price and Son, on account of Broster for $1,600, and, on the 31st December, 1864, became insolvent, and his insolvency was then publicly known. On

the 24th January, 1865, he made an assignment under the Insolvent Act, having previously called a meeting of his creditors in accordance with the Act. On the 17th January, Appellant sent an order to Hall, forbidding him to deliver any more of the lumber to Clint. This order, although relied upon to a certain extent by Appellant, could not have any effect on this case. If the lumber was in Clint's possession, Broster could not take it from him without his consent, and Clint was himself powerless to give any such consent, having at the time called a meeting of his creditors under the Insolvent Act. After proof and argument, the Superior Court rendered judgment, maintaining the plea of perpetual peremptory exception of William Walker, and dismissing Plaintiff's action with costs. The judgment was confirm. The authorities chiefly relied on by the Respondent Walker, and cited in his factum, are the following: Pothier, Vente, No. 313 ; 1 Troplong, Vente, p. 354 ; 6 Marcadé, pp. 221, 22 ; 2 Zachariæ, § 354. (10 *J.* p. 205.)

PARKIN & PENTLAND, for Appellant.

HOLT & IRVINE, for Respondent Walker.

AVIS DE POURSUITE A UN OFFICIER PUBLIC.

COUR DU BANC DE LA REINE, EN APPEL,

Québec, 16 Septembre 1866.

Coram MEREDITH, J., DRUMMOMD, J., TASCHEREAU, J., BADGLEY, J., BERTHELOT, J.

GEORGES-JEREMIE PACAUD, Demandeur en Cour Inférieure, Appelant, *et* AUGUSTE QUESNEL, Défendeur en Cour Inférieure, Intimé.

Jugé : 1o. Que l'avis à l'officier public, en vertu des Statuts Refondus B. C., chapitre 101, n'est requis que lorsqu'il a agit *bonâ fide* dans l'exécution de ses devoirs.

2o. Que, si l'avis n'a pas été donné, la Cour ou le jury décidera par la preuve faite, si l'officier public a agi *bonâ fide* et, par conséquent, s'il avait droit à l'avis. (1)

L'Appelant avait obtenu un jugement, devant la Cour de Circuit pour le district d'Arthabaska, contre Frédéric Dubé, pour la somme de £21 13 8, avec intérêts et dépens. L'Appelant fut obligé, dans le but de prélever le montant du jugement, de prendre un bref *de terris* contre Dubé, et de faire saisir et vendre par l'Intimé, qui est shérif pour le district d'Artha-

(1) V. art. 22 C. P. C.

barka, deux terres qu'il possédait dans ce district. Ces deux terres furent saisies et annoncées par l'Intimé, pour être vendues à son bureau, au Palais de Justice, au village d'Arthabaskaville, le 11 Septembre 1862, à dix heures a. m. L'Intimé mit aux enchères la terre No. 1 ; une personne présente offrit £25 ; l'Appelant offrit £30; puis une autre personne £35, alors l'Appelant crut devoir s'informer à l'Intimé, et de lui demander le nom de la personne présente qui avait offert les £35. " A cette fin," dit la déclaration de l'Appelant, " le Demandeur s'adressant là et alors au Défendeur en sadite qualité, " dans un langage poli et convenable lui demande : Monsieur " le shérif, auriez-vous la bonté de me dire quel est le nom de " la personne qui a offert £35 courant ? en se servant à peu " près d'expressions semblables." " Le Défendeur, èsdite qualité, " au lieu de nommer au Demandeur la personne qui avait " offert les trente-cinq livres pour ledit immeuble en premier " lieu désigné, ainsi qu'il y était obligé par la loi, refusa là et " alors de nommer la personne au Demandeur, et répondit au " Demandeur avec colère, dans un langage grossier, impertinent, injurieux, comme suit : *il faut être un polisson comme " vous l'êtes, un homme mal élevé, et ignorant pour me faire " une pareille question ; je ne suis pas obligé de vous nommer " la personne qui a offert les £35 pour la terre en question ; " c'est mon secret, je le garde et vous devriez apprendre à " vivre pour savoir comment vous comporter dans un bureau " comme celui-ci,*" et autres paroles de même signification et teneur. Demande pour $200 de dommages. A cette action, l'Intimé répondit par une défense au fond en fait. La cause fut inscrite pour enquête et mérite le 10 mars 1864, et après avoir fait assermenter son premier témoin Frédéric Dubé, l'Intimé objecta comme suit : le Défendeur s'oppose à l'audition " du présent témoin quant à présent, vu que le Demandeur " n'a pas produit l'avis requis par la loi, qui devait être adressé " au Défendeur avant l'institution de l'action." Cette objection fut maintenue par la Cour Inférieure et l'action de l'Appelant fut en conséquence déboutée, avec les dépens. " *The Plaintiff hath omitted to give to the Defendant any notice of action as required by law.*" Cette cause fut portée en appel, et l'Appelant maintenait que, pour avoir droit à un avis, il faut que l'officier public ait agi *bonâ fide* dans l'exécution de ses devoirs, et l'acte, chapitre 101, Statuts Refondus, B. C. sect. 8, était à ce sujet précis : " Les privilèges ainsi que la " protection garantie par le présent acte ne seront accordés " qu'à tel Juge de Paix, officier ou autre personne remplissant des devoirs publics, pour aucune chose faite par lui " dans l'exécution de ses devoirs, que ces devoirs soient imposés par le droit commun ou par un acte du parlement

" impérial ou provincial seulement et à nulle autre personne " ou personne quelconque, soit juge de paix, officier et autre " personne aura droit à ladite protection et auxdits privilèges " dans tous les cas où il a agi *bona fide* dans l'exécution de " ses devoirs." *L'avis* n'est pas nécessaire, " if the act com- " plained of be one which there was no reasonable ground for " supposing the justice authorized to do, he is not." Dickenson's Guide to Quarter Sessions, 5th Ed., by J. N. Talfour, page 82, " the *bona fides* as well as reasonableness of suspi- " cion being questions which the jury are to decide, and which " must be put to the jury in behalf of a Plaintiff, if he seeks " to maintain his action with having given such notice." Idem. Dwarris, on Statutes, 2nd ed., pages 564, 583, 587, 704 ; Statuts Ref. B. C., chap. 92, sect. 10 et 15 ; Chitty's Practice, 2e vol., page 337, 2e Edit. ; Allen, on Sheriffs, page 64 ; Archbold, Common Law Practice, page 350 ; Archbold, Com. Law Pleading, 348, 350 ; Payley, on Conviction, pages 414, 415, 416 et 420 ; Taylor, on Evidence, page 1492. Que l'action d'injures n'est prescrite que par l'an et jour ; que l'injure faite par l'Intimé à l'Appelant ne peut par conséquent tomber sous l'action du Statut qui prescrivait l'action par six mois ; ce qui constitue en faveur des officiers publics une exception inconstitutionnelle. L'Intimé disait : J'ai été poursuivi comme *officier public* pour acte fait par moi dans l'exécution de mes devoirs, comme tel, j'ai droit à l'avis du Statut Refondus du Bas-Canada, chap. 101.

DRUMMOND, Juge, dit : The Appellant brought the action of damages which has been dismissed in the Court below, on two grounds : 1st. For the alleged refusal on the part of Respondent, then and still sheriff of the district of Arthabaska, to communicate to him the name of an *enchérisseur* or bidder upon certain immoveable property seized at the suit of Plaintiff, while the sale was going on ; the 2nd ground upon which the action rests is for damages in the shape of indemnity for coarse and insulting language, alleged to have been used by Respondent in answer to the demand made by Appellant, that sheriffs as well as magistrates and other public officers are entitled to the protection provided by the 101 ch. of Consolidated Statutes, when acting in the *bona fide* performance of their official duties, viz., when doing things which they *conscientiously believe to be a part of their official duties*, can admit no reasonable doubt ; it therefore appears clear to me that with respect to the first ground of action, Respondent was entitled to the protection of the statute, for it is quite natural to suppose that, whether Respondent was bound in law or not to accede to the demand made upon him, a question which does not arise here, he may have conscientiously believed

either that he was not obliged to give or bound to withhold the information sought for. But, as to the other ground of action, it should be charitable construction beyond reason to admit that Respondent could have *conscientiously* believed that he was performing his official duty in using the coarse, insulting and wholly unjustifiable language imputed to him by Appellant. It is apparent therefc .e that, on this ground of action, he was not entitled to the notice provided by the statute for the protection of public officers acting *or honestly believing that they are acting in the discharge of their official duties.* But whether on either grounds Respondent was entitled to the notice provided by law was a question to be decided by the Court below, after having heard all the evidence both parties had to adduce. As we have borrowed our law on this subject from the Legislature of England, so should we take from her tribunals precedents to guide us in the interpretation of our statute. Now, in England, the proof of notice is made before the jury in the course of the trial, and it is left for the jury to accede, from the aggregate of facts proved, whether the public officer did or did not act in good faith as to entitle him to the protection of the statutes. So, in my opinion, should the Court below have allowed the whole evidence to be taken and reserved for final decision, the question whether or not Respondent was entitled to the notice of action, I need not add that I am of opinion the judgment should be reversed and the parties allowed to go to proof in the ordinary course. The statement made by Appellant, in setting forth hiss econd ground of action as well, as his first, that Respondent was acting in his official capacity "*en sa qualité officielle,*" should have no influence on the decision of the Court. These expressions do not alter the character of the facts alleged, and were evidently used in a loose and inaccurate manner, for the purpose of urging upon the attention of the Court the aggravating fact that the Respondent was standing before the public in his high office of sheriff, while addressing insulting and defamatory language to the Appellant.

MEREDITH, J.: In the present case, it has been contended by the learned counsel for the Appellant, that the Respondent, as sheriff, is not entitled to the statutory protection given to public officers by the chapter 101 of the Consolidated Statutes of Lower Canada. In support of this view reference has been made to the doubt expressed by the late most lamented Chief Justice of this Court, in the case of *Irwin* and *Boston,* 14 *R. J. R. Q.*, p. 349, et 4 *R. J. R. Q.*, p. 392, as to whether a sheriff can avail himself of the provisions of the statute with respect to anything done by him in a civil proceeding; but,

after giving to this point due consideration, I must say I cannot see anything either in the letter or spirit of the law to exclude from its provisions a sheriff when sued in an action of damages, for anything done by him in the performance of his duty. Assuming then that a sheriff is a public officer within the meaning of the statute, the next question to be considered is, whether the Respondent, as a sheriff, was entitled to notice of action with respect to the matters complained of in the declaration of Appellant. That declaration alleges two grounds of complaint: First, that the sheriff refused to disclose the name of a person bidding against Respondent for property which the laws had caused to be brought to sale, which it is alleged injuriously affected the sale of the property; and secondly, that Respondent, whilst acting as sheriff in the course of the sale, addressed Appellant in very insulting and abusive language. As to the complaint of Appellant that Respondent refused to disclose the name of one of the persons bidding, there cannot, I think, be any doubt that Respondent was entitled to notice of action. Indeed, I incline to the opinion that the sheriff was not bound to disclose, *during the sale*, the name of the alleged bidder, and, certainly, there are many cases in which the publication of the names of bidders, during the sale, might have an injurious effect. At the same time, and in order to avoid misapprehensions, it may be well to add, that I think it the duty of the sheriff to keep a record of the name of each bidder, and of the amount bid by him. As to the second part of the complaint of Appellant, that which has reference to the abusive language alleged to have been used by Respondent, the difficulty which Appellant has to encounter is mainly, if not exclusively, attributable to the form of his own declaration, in which it is alleged, in effect, that Respondent, in acting and speaking as complained of, so acted and spoke in his official capacity; thus, it seems, bringing the case within the words of the section already cited of the Act for the protection of public officers. The Appellant, on his part, relies on the 8th section of that Act as showing that, in order to enable a public officer to avail himself of the protection of the statute, "he must have acted *bona fide* in the execution of his duty." I do not, however, think that the 8th section of the statute was intended to restrict, or can be interpreted as restricting, the protection given to public officers by the first section. The first section affords protection to officers and persons "fulfil-" ling any public duty; the 8th section extends the protection " to any officer or person, where he has acted *bona fide* in the " execution of his duty. *although in such act* done he has " exceeded his powers and jurisdiction, and has acted clearly

"contrary to law." A comparison of the two sections with each other shows that the 8th section was not intended to interfere with the protection given, by the first section, to public officers, and others, "fulfilling any public duty." On the contrary, the eighth section, in express terms, declares that the statutory protection extends to a large class of cases with respect to which it might otherwise have been doubtful whether that protection could have been available. When, therefore, a Defendant wishes to avail himself of the 8th section, he must, in accordance with the terms of that section, be prepared to establish "that he acted" *bona fide* in the execu-"tion of his duty." And then, as a general rule, proof must be adduced before the Court can decide whether notice of action is necessary. But where a Plaintiff himself brings his case within the first section, as I think has been done in the present instance, then as that section says nothing about good faith, I do not think any question can be raised on the subject. It is to be recollected that the statute in question is not intended to secure impunity to any class of persons who have acted improperly. It merely affords public officers, and other persons fulfilling public duties, in whose protection, and, it may be added, in whose time, the community at large have an interest, an opportunity, in the two classes of cases mentioned in the statute, of taking advice, respecting claims made against them, and, when necessary, of tendering amends, before they are liable to be involved in litigation. In these provisions there is, at least, nothing unreasonable. On the contrary, it would, I think, in many cases, be for the benefit of both parties if the Plaintiff, in actions of damages, even against private individuals, were compelled to give his adversary a reasonable notice of the suit about to be instituted. Such a proceeding would secure to both parties time for reflection, and thus afford an opportunity for settlement before that course is rendered almost impossible as experience shows it is, by the making of costs. I therefore think that there is nothing in the statute in question which requires it to be subjected to a restrictive interpretation, and that, if the first section be read according to the usual rules of interpretation, the Plaintiff must be held to have brought his case within its provisions; and if so the judgment appealed from ought to be confirmed.

Judgment: The Court, considering that the right of protection in public officers and the statute in their behalf is accorded to them for acts by them done in the performance of their public duty; considering that, in such statute, it is provided that no judgment or verdict shall be rendered against them for such acts, by them so done without the said protection of a month's notice of action; considering that the right to such

protection depends upon the nature of the suit complained of and upon the evidence to be adduced with reference to the same; considering that the ruling of the Circuit Court sitting at Saint-Christophe, in the district of Arthabaska, in this cause, on the tenth day of March, 1863, preventing the adduction of any evidence by Appellant without his preliminary production and fyling in the record of such notice of action was contrary to law; considering, therefore, that, in the judgment rendered by the said Court, dismissing the action of Appellant, there was error, this Court doth set aside and annul the said judgment and ruling respectively, therein to proceed with their proof, as they may be advised according to law, and to take such further proceedings therein as the law and justice may appertain: *Dissentientibus* the Honorable Mr. Justice MEREDITH and Mr. Justice TASCHEREAU. (10 *J.*, p. 207.)

E. L. PACAUD, pour l'Appelant.

W. DUVAL, pour l'Intimé.

TRIAL BY JURY.

COURT OF QUEEN'S BENCH, CROWN SIDE,
Montreal, 20th October, 1866.

Coram DRUMMOND, J., BADGLEY, J., and MONDELET, A. J.

REGINA *vs.* JOHN PAXTON.

Held: That where a prisoner has been arraigned on a charge of uttering forged paper, it is not competent for the Court to order the trial, by jury, of a preliminary question raised by prisoner's counsel, to the effect that the prisoner had been extradited from the United-States on a charge of forgery.

This was a motion, by the Crown, for a new trial. The prisoner had been arraigned on a charge of uttering a forged promissory note, knowing it to be forged. Instead of pleading to the indictment, the prisoner's counsel put in a preliminary plea, to the effect that the prisoner was a resident of Chicago, in the State of Illinois, one of the United States of America, and that he had been thence extradited on a charge of forgery, and could not therefore be legally tried here for any other offence. To this preliminary plea the Crown fyled replication, denying the truth of its allegations. The Court, thereupon, ordered a jury to be empanelled, to try the issue of fact set up in the preliminary plea, and a trial accordingly took place and resulted in a verdict, "that they (the jury) find the prisoner "was extradited for forgery, whereas he is actually indicted

" for uttering forged paper." The Crown prosecutor then moved that the finding and verdict of the jury be set aside and a new trial granted.

MONDELET, J., said that, after having considered the reasons contained in the motion, he was of opinion, firstly, that the prisoner had not, upon the issue submitted to the jury, the right to challenge peremptorily as he had done, and he was of opinion that upon this ground the verdict could not be sustained. Upon the other point raised, that the warrant of the Governor did not afford any evidence or proof of the extradition of the prisoner, he was also with the Crown, and was of opinion that the extradition of the prisoner was not a matter of fact to be inquired into by a jury, but to be determined by the court; this, he said, was the opinion of the majority of the court. And although the motion for a new trial would not be granted, the verdict, Defendant's plea, all proceeding had thereunder, must be set aside, and the prisoner ordered to plead to the indictment.

BADGLEY, J., concurred in this view of the case, except that he did not consider the challenge of jurors a ground for objection, particularly as the jurors who found the issue were qualified to do so, and no complaint was made by the Crown that any injury or wrong had been done by the jury. He was also of opinion that judge Drummond was right in refusing to admit the depositions sought to be introduced by the Crown. On all the other points, he differed from Mr. justice Drummond, and concurred in the judgment pronounced by Mr. justice Mondelet.

DRUMMOND, J.: As I dissent from the judgment pronounced by the majority of the court, I should, in accordance with prevailing practice, have enunciated my opinion before my brother Judges had expressed theirs. But owing to the short time that has intervened since the close of the argument, I have not had an opportunity of deliberating with them upon the subject, and, therefore, I requested that they would first state the reasons upon which they had founded their judgment. The question which we have been called upon to decide is one of very great importance, and was first, during the present term, presented to my notice under the circumstances which, for a more correct understanding of the matter, I shall now proceed to state. The Grand Jury returned twenty-eight bills of indictment against the prisoner, who, upon being placed in the dock and required to plead thereto, objected to the jurisdiction of the court, upon the ground that his presence here was due to the fact that he had been extradited by the United States upon the demand of His Excellency the Governor General whose warrant charged him with the crime

of forgery. For this alleged offence, said the prisoner, I am willing to answer and be tried. But I deny your right, now that you have obtained the possession of my body upon this accusation, to substitute in its place and stead the charge of uttering forged paper, another and totally distinct offence, one for which I was not extradited, and therefore one for which, by a just and legal interpretation of the provisions of the Treaty under which I was surrendered, I cannot, and ought not, be held to answer. This is, in substance, the objection taken by the prisoner, through his counsel (Mr. DEVLIN), and as I considered that this objection struck at the very foundation of the prosecution, and that it moreover originated a question of great public importance, if not of national importance, I granted delay to the prisoner to fyle a special plea containing his reasons for objecting to the jurisdiction of this court, and to trial upon the several indictments returned against him. This plea was subsequently fyled, and in it the prisoner alleges that he resided in Chicago, in the United States, at the time of his arrest, which was made at the instance and upon the demand of the Governor General; and further, that he was then and there charged with the crime of forgery, and for that offence was his body demanded and surrendered by the United States, so that he might be tried here in Montreal where the crime was alleged to have been committed. He has also pleaded that he was put into the custody of High Constable Bissonnette, and by that Officer conducted a prisoner from the Province Line to the common jail of this district, where he has since been imprisoned, and that as the crime preferred against him is for *uttering forged paper*, and therefore not the crime of *forgery*, for which he was extradited, that he ought not to be compelled to answer to this new offence, or put in jeopardy therefor. To this pleading the Crown put in replication, denying the truth of the allegations contained in the prisoner'e plea, and thereby denying, in truth, not only the causes of his extradition, but the very act of extradition itself. Upon this issue, so perfected, it became necessary for the prisoner to establish, by proof, firstly, that he was extradited, and secondly, that he was extradited for the crime of forgery. A jury was accordingly empannelled to try this preliminary issue, and after having heard the evidence adduced by the prisoner, there being none on behalf of the Crown, they found, by their verdict, that he had proved his plea, and that he was extradited for the crime of forgery. Hence the motion for a new trial, of which I shall now speak. At the argument, the learned Counsel for the Crown and for the private prosecutors contended that a new trial should be granted. Firstly, because

the prisoner peremptorily challenged some of the jurors called to try the issue. Secondly, because the Governor's warrant, produced by the prisoner, afforded no evidence of his extradition, or of any crime for which he was extradited, or of any crime for which he was extradited. Thirdly, that the judge erred in instructing the jury to the contrary. These are, I believe, the principal reasons which were relied upon in support of the motion. Now, referring to the first reason or objection urged by the Crown, it is sufficient to remark that there are authorities for and against the allowance of the right of challenge upon a collateral issue. The authorities which sustained this right are of the highest character, and for my part, although I am free to admit that the case is not devoid of difficulty, I see no reason to change the opinion I expressed at the trial, particularly as I hold it to be the duty of the judge, in a case wherein there is a conflict of authority, as in the one under consideration, to give the benefit of the doubt to the party accused. Besides, as has been well observed by my brother Badgley, the Crown does not complain of having suffered any injury by the challenges made, neither could it do so, because the jurors who tried the issue were taken from the jury panel, and were qualified to perform the duty required of them. Again, I may mention, that no formal objection was made to the prisoner's challenges at the time of the trial. Certainly none appears upon the record ; on the contrary, it seemed to me that there was an acquiescence in the proceeding on the part of the Crown. Upon this point, however, the majority of the Court are with the prisoner. The next, and really the only important point for consideration, as urged by the Crown, is this : Did the evidence adduced upon the trial of the preliminary issue sufficiently establish the fact of the prisoner's extradition, as set up in his plea, and the crime which was the cause of the demand having been made. His Honour Judge BADGLEY and Mr. Justice MONDELET have stated it to be their opinion that it was utterly insufficient to justify that conclusion. They maintain that the production and proof of the Governor General's warrant, charging, as it unquestionably does, the prisoner with the crime of forgery, and authorizing and commanding, as it further does, High Constable Bissonnette to require, and demand of, and from the United States, their judges, magistrates, and all other their officers whom it may concern, the body of John Paxton, the prisoner now here, so that he should be extradited for the crime of forgery, ought not to have been given to the Jury as evidence of the fact that he was charged with the said crime, or that he was extradited therefor. To my mind, however, it seems perfectly clear that the warrant of His Ex-

cellency cannot be thus disregarded, or put aside, particularly when we call to mind that Bissonnette was a witness upon the trial, and that he proved it was under and by virtue of this warrant the prisoner was surrendered and given into his custody by the United States. Surely it was this warrant that armed Bissonnette with authority to demand and receive the prisoner. Without it, his mission would have ended in failure, he could not ask for the arrest of the prisoner, he dare not lay a hand upon him, and yet we are told that this warrant, emanating from the highest authority in the land, bearing the name and seal of the representative of the Sovereign, and without which the prisoner would not be now to-day here, proves nothing, notwithstanding that it distinctly shows upon its face a charge of forgery against the prisoner a demand for his arrest, and an absolute command to Bissonnette to cause that arrest to be made and to bring his prisoner here. Need I say that I do not concur in the estimate put upon this instrument by my learned brothers; on the contrary I believe that the warrant itself is the highest and best evidence of what it contains, and that, taken in connection with the testimony of Bissonnette, my instructions to the jury, and their finding, were and are well founded in law and in fact. But setting this question of evidence aside, my learned colleagues have arrived at the conclusion that the verdict of the jury is worthless upon another and entirely distinct ground. They maintain that the issue between the Crown and the prisoner, as raised by their pleading, was improperly submitted to a jury, and that the question therein involved was one exclusively for the judge to determine, Now let it be borne in mind that this pretension is set up for the first time. It was not urged as a reason for the granting of a new trial by the Crown; it was not made an objection to the trial of the issue by the Jury; neither was it adverted to in the argument which took place yesterday. The idea has altogether originated with my learned brothers, and I must say that I think it is not difficult to show that it has not even the shadow of a legal foundation to rest upon. The issue tendered by the prisoner, and joined in by the Crown, was an issue of fact. In so many words he says, I was arrested in the United States upon a charge of forgery, and handed over to High Constable Bissonnette, to be brought to Montreal, there to undergo my trial for this offence, and not for the crime for which you have thought proper to indict me. The Crown replies: Your allegation is false; you were arrested for forgery; you were not taken into custody by Bissonnette: you were not brought here from the United States. Are these, I ask, questions of law, to be determined by the Judge, or matters of fact to be enquited into by a jury? Could I, sitting

here, as a Judge, undertake to decide that the prisoner's statement was true or untrue ? What means had I of knowing how, when,or under what circumstances the prisoner appeared before me except through the witness box ? Until the prisoner pleaded this extradition, and the circumstances under which it took place, I had no knowledge of it, and even then I had only his word for the truth of his assertion, and that was not sufficient. He had a right, however, to prove the truth of what he affirmed, and in no other way could he do this than by the examination of his papers and the intervention of a jury. There was no record before me showing that the prisoner was extradited, and upon which I could pronounce an opinion. On the contrary, I was informed by the pleading of the Crown that there was no extradition in the prisoner's case, and yet it has been said that I should have decided the fact, a fact which I neither did nor could know anything of, without proof, without the examination of a witness, without the assistance of a jury. Surely this can be no more considered within my province, as a Judge sitting in a Criminal Court, than the question whether the prisoner was or was not brought here a prisoner from the United States can be held to be a matter of law. I, therefore, adhere to my opinion as expressed at the time, and still hold, that the fact raised by the issue was the object matter of trial by jury, and only triable by that mode. As to the other point raised, namely, the right of the Crown to a new trial, upon a collateral issue arising out of a case of felony, and where the verdict is in favour of the Defendant, it is not required that I should discuss it, as the judgment of the majority of the Court rejects the application for a new trial, and is based upon grounds not contained in the motion or even made the subject of argument. I must say, however, that the Crown is fortunate in the failure of its application ; seeing that, by the judgment just rendered, it has obtained, not, it is true, what was asked for by the motion, but still all that it could possibly desire, certainly far more than was expected or hoped for. I cannot conclude these remarks without expressing my regret, that the important question raised by the prisoner was not finally and more satisfactorily settled. It was my intention, when the question of law, arising out of the fact found found by the jury, was argued, to have reserved the whole question for the consideration of the Court of Appeal. As I have before stated, it has arisen in our Courts for the first time, and in a question of national importance, growing out of a treaty obligation, the provisions of which should be wisely, liberally and strictly interpreted, and ever and always truthfully and faithfully executed. Entertaining these opinions, it not only remains for me to have my dissent recorded.

The following is the judgment of the Court: "That no "new trial shall be had, inasmuch as no such collateral "issue, as tendered by said plea of Jonn Paxton should "have been submitted to a jury; that the proceedings "previously to such motion shall be set aside; that the "said John Paxton do plead and answer to the indictment "forthwith; and that the trial thereon do proceed." The prisoner was then ordered to be arraigned on the charge preferred, and, being called upon to plead to the indictment, said: "I am here by virtue of an act of extradition, upon a demand made by His Excellency the Governor General to the United States charging me with the crime of forgery; and I protest against being called upon to plead to or answer any other charge than that for wnich I was so extradited; and I also protest against the unfairness of the Crown in denying the fact of my extradition, which is a violation of the good faith that should mark every proceeding under the Treaty, and thus protesting, I plead not guilty." (10 *J.*, p. 212.)

T. K. RAMSAY, (for Attorney General) *Pro Regina.*

EDWARD CARTER, Q. C., for private prosecutor.

B. DEVLIN, for prisoner.

RESERVATION OF QUESTION BY CRIMINAL COURTS.

COURT OF QEEN'S BENCH, Montreal, December 6th, 1866.

Present: AYLWIN, J., DRUMMOND, J., BADGLEY, J. & MONDELET, J.

THE QUEEN *vs.* PAXTON.

Held: That, under C. S. L. C., Cap. 77, Sec. 57, no question of law which has arisen on the trial can be reserved, unless there has been a conviction.

This was a case reserved by DRUMMOND, J., at the September term of the Court of Queen's bench, sitting on the Crown side. The Prisoner, John Paxton, formerly resident in Montreal, had been surrendered by the United States Government, under the extradition Treaty, on a charge of forgery. He was indicted, at the September term, for feloniously uttering a forged promissory note. His counsel, Mr. Devlin, filed a plea that the prisoner, having been extradited on a charge of forgery, could not be tried on any other charge. The Crown demurred to this special plea, and the trial was not proceeded with till the opinion of the full Court should have been taken.

Mr. CARTER, Q. C., appeared for the Crown, and was proceeding to support the demurrer.

AYLWIN, J.: Has there been any trial in this case?

Mr. CARTER. Not upon this indictment.

MONDELET, J.: If there has been no trial, how was the case reserved?

Mr. CARTER. The reservation was the act of the Court itself, and the counsel on both sides were anxious for a decision on this point.

MONDELET, J.: But the statute is positive. Sec. 57, "When any person has been convicted of any treason, felony or misdemeanour, at any criminal term of the said Court of Queen's Bench, &c., the Court before which the case has been tried, may, in its discretion, reserve any question of law which has arisen on the trial," &c. There can be no reservation unless there has been a conviction. I remember that the late Chief Sir L. LAFONTAINE refused to hear a case which I had reserved before trial. The Cour has no jurisdiction.

DRUMMOND, J.: I did not look at the statute at the time, and the question was not raised by counsel; but it seems that I was premature in my reservation of the case.

MR. KERR, for the prisoner, referred to the English practice under a similar statute.

DRUMMOND, J.: Can you find any case under the English law in which a point was reserved before conviction? If so, I would be disposed to follow it, because it is extremely inconvenient that a party should be compelled to proceed to trial, when the question is whether there should be a trial or not.

MR. KERR said he had not anticipated any difficulty on this point and had not looked into the authorities. The following order was then made by the Court: Seeing that no conviction has been had in this cause, and that therefore the Court now here has no jurisdiction in the premises, it is ordered that the case reserved by the Court of Queen's Bench, sitting on the Crown side, at Montreal, and referred to this Court, sitting in error in criminal cases, be returned and remitted to the said Court, to the end that such other proceedings be there had as to law and justice appertain. (2 *L. C. L. J.*, p. 162.)

CARTER, Q. C., for the Crown.

KERR (representing Mr. Devlin), for the prisoner.

RESERVED CASE.—EXTRADITION TREATY.—FORGERY.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE,
Montreal, June 19th, 1867.

Present: DUVAL, C. J., CARON, J., DRUMMOND, J. and BADGLEY, J.

THE QUEEN *vs.* JOHN PAXTON.

A fugitive from Canada was surrended by the United States authorities on a charge of forgery, that being one of the offences enumerated in the Treaty. The prisoner was put on his trial and convicted on an indictment for feloniously uttering a forged promissory note for the payment of money. The case being reserved on an objection that the prisoner could not be tried for any offence but that for which he had been extradited:

Held: That the charge of forgery included the lesser charge, and conviction maintained.

This was a case reserved from the Court of Queen's Bench, Crown side, by DRUMMOND, J., under the following circumstances: At the term of Queen's Bench, Crown side, on the 24th September, 1866, the prisoner, John Paxton, was indicted for feloniously uttering a forged promissory note for the payment of money. On his arraignment, on the 10th of October, a special plea was filed by his counsel, setting out that the prisoner had been extradited from the United States, for a different crime, viz: forgery, and that he could not be called upon to answer any other charge. To this plea there was a demurrer on the part of the Crown, the points urged being as follows: 1st. That the plea does not allege any matter which by law constitutes any valid plea to the jurisdiction of the Court, or in abatement, to the indictment, the offence charged being alleged to have been committed within the jurisdiction of the Court. 2nd. That the matters alleged in the plea did not constitute any legal ground for not answering the indictment, but could only be taken cognizance of by the Executive authority as involving a question of international policy. 3rd. That the crime charged against the prisoner was one of the offences included within the provisions of the Treaty. 4th. That the plea omits to specify the particular charge of forgery, and does not show affirmatively that the offence was not connected with the promissory note, upon which the indictment was framed. 5th. That the crime of forgery includes that of which the prisoner is accused. At the March term, 1867, the demurrer was maintained and the plea rejected, the question of law raised by it being reserved. The prisoner then pleaded not guilty, and the trial having proceed, a verdict of guilty was rendered.

Sentence was deferred till the opinion of the Court had been obtained upon the points of law raised by the plea. Judgment was rendered maintaining the verdict. (3 *L. C. L. J.*, p. 117.)

E. CARTER, Q. C., for the private prosecution.

B. DEVLIN, for the prisoner.

EJECTMENT.— COSTS (25 V., ch. 12, s. 1).—ERROR IN JUDGMENT.

COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE,
Montreal, 9th June, 1866.

Coram DUVAL, C. J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J. and MONDELET, A. J.

ZÉPHIRIN NAUD, Defendant in the Court below, Appellant, *and* ELIZABETH SMITH, Plaintiff in the Court below, Respondent.

Held: 1st. That an error in the date upon which a judgment was rendered is not a ground of nullity.

2nd. That such an error can be remedied by the Court of Appeals in and by its own judgment.

3rd. That in an action of ejectment, where no rent or damages are sued for, the costs will be taxed according to the amount of the annual rent.

An action in ejectment was instituted against the Defendant in this cause on the 4th May, 1865. The Defendant contested the action. After proof and hearing of the parties on the 12th May, 1865, the Circuit Court at Sorel, LORANGER, J., in the district of Richelieu, gave judgment in favour of Plaintiff. The judgment bears date the *fourteenth April*, 1865. On the 19th May, 1865, Defendant inscribed the cause for review before three Judges at Montreal, and urged before the Court of Review, amongst other reasons, the nullity of the judgment, resulting from its erroneous date, and as having been rendered even before the institution of the action. The judges in review were Badgley, J., Berthelot, J., and MONK, J. Here follow the remarks of Badgley, J., in Review: This was an appeal from the district of Richelieu. The Plaintiff entered into a notarial lease with Defendant at the rate of £34 a year. At the expiration of the year, the Defendant continued in possession of the premises. An action in ejectment having been brought against him, he pleaded that, in January or February last, a bargain was entered into between him and Plaintiff by which he was to continue in the house at a rent of £40. It appeared that, though there had been some conversation on the subject, there had been no bargain.

Admitting then that Defendant had held over wrongfully, there arose a question of costs. The judgment condemned Defendant to pay the costs of suit, and the costs had been taxed according to the amount of the annual rent. The Defendant contended that he should only have been condemned to pay costs of an action of the lowest class, Circuit Court, because the Act in amendment of the Lessors and Lessees' Act says the costs are to be taxed according to the amount of the judgment, and if the Defendant had owed a month's rent in the present case, he would only have had to pay costs as of the lowest class, Circuit Court. The Court considered that the judgment was correct, the costs being according to the amount of the rent. Judgment confirmed with costs as in an action for £34.

The Judgment was confirmed in Review, on the 30th September, 1865, as follows : " La Cour ayant entendu les parties " sur le jugement rendu *le quatorze Avril* 1865, dans la Cour " de Circuit pour le district de Richelieu ; considérant qu'il " n'y a point d'erreur dans le susdit jugement ; confirme par les " présentes ledit jugement en tous points, avec dépens contre " ledit Défendeur." The Defendant appealed from this judgment before the Court of Queen's Bench, at Montreal, and submitted that the pretended judgment of the 24th April, 1865, had evidently been rendered without jurisdiction, and was a mere nullity, and relied on the case of *Allen* and *La Corporation du Canton d'Onslow.* (1) The Defendant urged also : That, by section 4 of chap. 40, C. S. L. C., ejectment actions shall be "instituted in the usual manner in the Superior or Circuit Court; and the annual value or rent shall determine the jurisdiction of the Court." But, by the amending act, 25 Vict., cap. 12, sec. 1, "actions under this act shall be instituted in the Superior or Circuit Court, for the amount of rent or damages sued for." It was hence contended by the Defendant that there no longer existed legal dispositions as to the manner of instituting actions in ejectment only, and as to the jurisdiction of the Court before which they should be brought, when the term of the lease had expired, and when all the rent had been paid. It was further pointed out by the Defendant that 25 Vic., cap. 12, sec. 1, states that "the costs shall be allowed and taxed in accordance with the amount for which judgment shall be ren-

(1) Un jugement, rendu un jour qui n'est pas un jour de terme ou un jour d'enquête et pour audition au mérite, est illégal et sera, sur appel, annulé, chaque parties payant ses frais en appel, les frais du tribunal inférieur sujets à la décision ultérieure de ce tribunal. (*Allen* et *Corporation du Canton d'Onslow*, C. B. R., Montréal, 7 mars 1865, DUVAL, J.-en-C., AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, J. et MONDELET, J., infirmant le jugement de C. C., Aylmer, 5 mai 1862, 14 R. J. R. Q., p. 74.)

dered." Now here the judgment awarded no amount at all, and nevertheless the Defendant was condemned to pay full costs of suit. If he had owed a month's rent, $12, he would only have had to pay costs as of the lowest class, and because he owed no rent he was placed in a much worse position, and condemned to pay costs of an action for $144. The parties having been heard in Appeal, in the month of June, 1866, the date of the judgment being corrected, the judgment was confirmed, with costs against Appellant, by the Court of Appeals as follows: " La Cour, après avoir entendu les parties, considérant qu'il n'y a pas mal jugé dans le jugement rendu par " la Cour de Circuit pour le Bas-Canada, siégeant à Sorel, " dans le district de Richelieu, le 14me *jour de mai* 1865, ni " dans celui rendu par la Cour Supérieure siégeant en Cour " de Revision, à Montréal, le 30me jour de septembre 1865, " confirme lesdits jugements avec dépens, contre l'Appelant en " faveur de l'Intimé." (10 *J.*, p. 217, et 2 *L. C. L. J.*, p. 59.)

LAFRENAYE & BRUNEAU, avocats de l'Appelant.

GERMAIN, avocat de l'Intimé.

PRIVATE ROAD.

COURT OF QUEE'S BENCH, APPEAL SIDE,
Montreal, 6th December, 1864.

Coram DUVAL, CH.-J., AYLWIN, J., MEREDITH, J., DRUMMOND, and MONDELET, A. J.

SIFROI GOSSELIN, Defendant in Court below, Appellant, *and* J.-BTE. RACETTE, Plaintiff in Court below, Respondent.

Held: That a public road, abolished as such by a *procès-verbal* of a Grand Voyer, under the provisions of the old Road Act of L. C., but ordered by such *procès-verbal* to remain open for the private benefit of certain individuals, is not subject to the jurisdiction of a Municipal Corporation, under the Act of 1855. (1)

This was an appeal from a judgment renderd by the Circuit Court, of L'Assomption (BRUNEAU, J., presiding), on the 21st November, 1861, condemning Appellant to pay Respondent the sum of $4, as damages, which were claimed by Respondent under the following circumstances: By a *procès-verbal* of Deputy Grand Voyer Lacroix, of date the 11th of June, 1805, there were ordered two public roads in the County of L'Assomption one of which traversed a portion of the property

(1) V. art. 749 C. M.

presently owned by the Respondent. In 1835, both these roads were abolished as public roads, by order of the Grand Voyer P. L. Panet who declared, in his *procès-verbal* of date of the 30th September, 1835, with reference to the road so traversing a portion of Respondent's property: "Qu'il demeurera "ouvert pour l'usage dudit François Gosselin et Laurent Le- "roux, et leurs représentants à l'avenir, les seules personnes "intéressées à garder ledit chemin de ligne pour leur sortie "particulière, qui l'entretiendront comme chemin privé et à "leur usage seulement." The Appellant was a representative of François Gosselin, and Respondent was one of the representatives of Laurent Leroux. By a *procès-verbal* of the Superintendant of the County of L'Assomption, dated the 7th of August, 1858, and duly homologated, the road, so traversing a portion of Respondent's property, and which had been at all times, since 1835, used and maintained as a private road by Gosselin and representatives (including Appellant), was declared to be abolished. In virtue of the *procès-verbal* last referred, to Respondent closed up the road in question, and Appellant, considering the *procès-verbal* to be illegal and null, as being in excess of the powers conferred by the Municipal Act of 1855, demolished the fence, and Respondent, considering himself aggrieved by the act of Appellant sued him in damages. The section of the Municipal Act of 1855, having reference to the matter in dispute, is the third, and in the French version is worded as follows: "Cet Acte ne sera pas appli- "cable aux chemins ou ponts sous le contrôle des Commissaires "de Travaux Publics, à moins qu'ils ne soient abandonnés aux "autorités municipales et jusqu'à ce qu'ils soient ainsi aban- "donnés, ni aux chemins qui sont en la possession de particu- "liers, ou de compagnies, en vertu de quelque loi ou règle- "ment." The Court below regarded the *procès-verbal* of the 7th of August 1858, as valid, and binding in law, and, consequently, condemned the Appellant to pay $4 damages and costs. A majority of the Court of Appeal, however, thought otherwise, and the judgment of the Court below was reversed. The following is the judgment in Appeal: "La Cour, considé- "rant que, par l'Acte des Municipalités, chapitre vingt-quatre, "section trois, des Statuts Refondus du Bas-Canada, la Cor- "poration et le Conseil Municipal du Comté de l'Assomption, "n'a eu et n'a aucun droit de réglementer les chemins qui sont "en la possession des particuliers. Considérant que le procès- "verbal de Pierre Louis Panet, alors Grand-Voyer du dis- "trict de Montréal, en date du 30 Septembre, 1835, est valide "et a eu l'effet légal que le chemin de ligne dont il est question, "demeurât et il est demeuré ouvert pour l'usage d'entre autres, "de celui que représente l'Appelant. Considérant que le pro-

" cès-verbal du 7 Août 1858, de Louis Bolduc, Surintendant " du Comté de l'Assomption, homologué le huit Septembre en " suivant, n'a pu avoir et n'a pas eu l'effet d'abolir le chemin de " ligne en question. Considérant enfin que, par suite de ce qui " précède, l'Intimé, Demandeur en cour de première instance, " était mal fondé en son action, laquelle aurait dû être débou- " tée. Considérant qu'il y a erreur dans le jugement de la Cour " de première instance, rendu par la Cour de Circuit à L'As- " somption, le vingt-unième jour de Novembre 1861, casse, " annulle et met au néant ledit jugement, et, procédant à " rendre le jugement que ladite Cour de première instance eût " dû rendre, déboute ladite action de l'Intimé. (*Dissentiente* " l'Honorable M. le Juge MEREDITH)." (10 *J.*, p. 219.)

LESAGE and JETTÉ, for Appellant.

LEBLANC and CASSIDY, for Respondent.

TABLE ALPHABÉTIQUE

—DES—

MATIÈRES CONTENUES DANS CE VOLUME.

A

B

C

D

E

I

J

L

M

N

O

P

Q

S

U

V

STATUTS IMPÉRIAUX.

ORDONNANCES

DU GOUVERNEUR ET DU CONSEIL LEGISLATIF DE LA PROVINCE DE QUEBEC.

STATUTS DU BAS-CANADA.

ORDONNANCES DU CONSEIL SPÉCIAL.

STATUTS DU CANADA.

STATUTS REFONDUS DU CANADA DE 1860.

STATUTS REFONDUS DU BAS-CANADA DE 1861.

STATUTS REFONDUS DE LA PROVINCE DE QUÉBEC.

CODE CIVIL.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

CODE MUNICIPAL.